

**DAS VERHÄLTNIS DER UNTERSCHLAGUNG ZU ANEIGNUNGS-
UND VERMÖGENSDELIKTEN UNTER BERÜCKSICHTIGUNG
DES KOMMENDEN RECHTS.**

D i s s e r t a t i o n

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der Johannes Gutenberg-Universität

in Mainz

Gerichtsassessor

Hans-Dieter Hölzenbein

1966

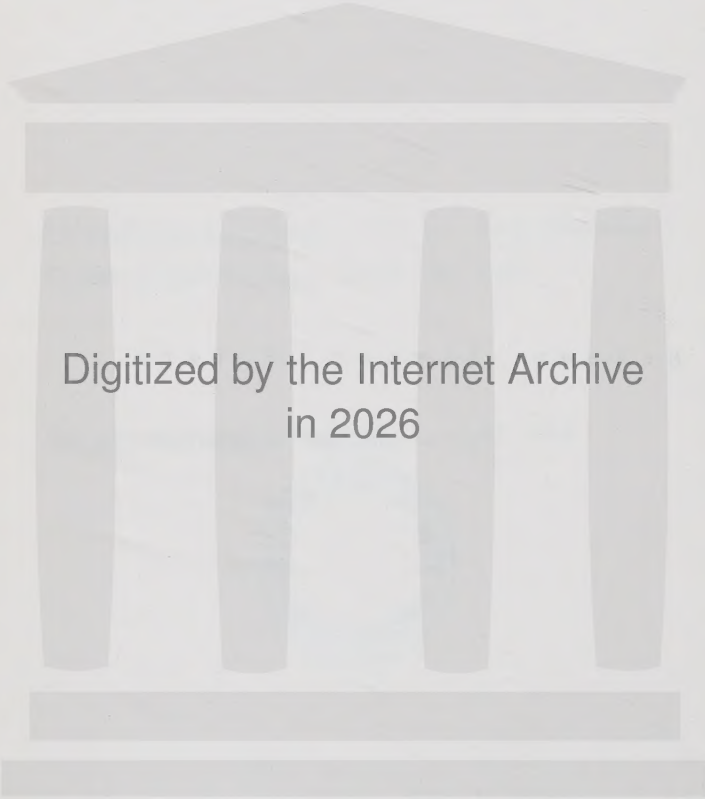
Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Lang-Hinrichsen

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Noll

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juni 1966



Meinen lieben Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554405_0022

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- v. Alberti Strafrechtliche Konsumtion, Ger. S. 76 S. 250 ff
- v. Bar L. v. Bar, Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte Benutzung von Eisenbahnretourbillets, Ger. S. 40 S. 481 ff
- Baumann LB Jürgen Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Bielefeld 1961
- Baumann ders., Strafloße Nachtat und Gesetzeskonkurrenz, MDR 1959 S. 10 ff
- Baumann ders., Amtsunterschlagung und Betrug, NJW 1961 S. 1141 ff
- Baumann ders., Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW 1962 S. 16 ff
- Baumann ders., Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehrs; in: Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 4, Berlin 1956
- Becker Günter Becker, Die mitbestrafte Tat im Bereich der Aneignungsdelikte, Diss. Mainz 1956
- Berner Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., Leipzig 1898
- Binding I Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen Deutschen Strafrechts, besonderer Teil, 2. Aufl., Leipzig 1902

- Binding AT ders., Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., Leipzig 1913
- Bockelmann Paul Bockelmann, Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte, JZ 1960 S. 621 ff
- Bockelmann ders., Ist eine berichtigende Auslegung des § 246 StGB statthaft? MDR 1953 S. 3 ff
- Bruns Hans Jürgen Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, Berlin 1938
- Busch Anmerkung zu einem Urteil des BGH in LM Nr. 12 zu § 350
- Cordier Franz Cordier, Diebstahl oder Betrug in Selbstbedienungsläden, NJW 1961 S. 1340 ff
- Dahm G. Dahm, Anmerkung zu einem Urteil des RG in DR 1941 S. 1882 f
- Deubner Karl Günther Deubner, Zum Verhältnis von Abzahlungsbetrug und Unterschlagung, NJW 1962 S. 94 ff
- Ditzen Zum Verhältnis von Hehlerei und Unterschlagung, DStr. Z 1918 Sp. 228 f.
- Doerr Friedrich Doerr, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Stuttgart 1930
- Ebener Werner Ebener, Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung, Diss. Leipzig 1932

III

- Eckstein Ernst Eckstein, Beiträge zur Lehre von der Konkurrenz der Delikte, Ger. S. 78 S. 432
- Eckstein ders., Die unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände, GA 59 S. 414 ff
- Entwurf 1960 Entwurf eines Strafgesetzbuches mit Begründung, Bundesrat Drucksache 270/60
- Entwurf 1962 Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB), E 1962, (mit Begründung) - Bundestagsvorlage - Bundestag Drucksache IV 650
- Esser Josef Esser, Schuldrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., Karlsruhe 1960
- Frank Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1931
- Gerland Heinrich Balthasar Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Lehrbuch, 2. Aufl, Berlin und Leipzig 1932
- Görgen Gertrudis Maria Görgen, Die Vermögensverfügung durch Unterlassung beim Betrug und der Sicherungsbetrug, Diss. Mainz 1958
- Groetschel Otto Groetschel, Die Problematik des § 350 StGB, NJW 1954 S. 1108 f
- Hälschner Hugo Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Bd. 1. Abt., Bonn 1884

- Harlandt Hans Dieter Harlandt, Wie sind Diebstahl (§§ 242 ff) und Unterschlagung (§§ 246, 350, 351 StGB) voneinander abzugrenzen? Diss. Berlin 1959
- v. Hippel Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II. Bd., Das Verbrechen, Allgemeine Lehren, Berlin 1930
- v. Hippel LB ders., Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1932
- Höltzenbein Anton Höltzenbein, Sparkassenbuch und Sparguthaben im Strafrecht, Diss. Göttingen 1895
- Honig Richard Honig, Strafloze Vor- und Nachtat, in: Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Göttingen, 2. Heft, Leipzig 1927
- Huschka Hubert Huschka, Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen? NJW 1960 S. 1189 f
- Klug Ulrich Klug, Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz, ZStrW 68 S. 399 ff
- Köhler A. Köhler, Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1924 S. 1435
- Kohlhaas Max Kohlhaas, Anmerkung zu einem Urteil des OLG Frankfurt in NJW 1962 S. 1879 f
- Kohlrausch-Lange Eduard Kohlrausch, Richard Lange, Strafgesetzbuch, Kommentar, 43. Aufl., Berlin 1961

- Lerch Dietmar Lerch, Versuch trotz erreichten Ziels, Diss. Mainz 1955
- LK Leipziger Kommentar, begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg; herausgegeben von Jagusch und Mezger, I. und II. Bd., 8. Aufl., Berlin 1957
- v. Liszt-Schmidt Franz v. Liszt, Eberhard Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927
- Maurach AT Reinhard Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Karlsruhe 1958
- Maurach BT ders., Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Karlsruhe 1959
- Maurach ders., Anmerkung zu einem Urteil des OLG Bremen in JZ 1956 S. 257 f
- Maurach ders., Anmerkung zu einem Urteil des OLG Stuttgart in JZ 1960 S. 290 f
- H. Mayer Hellmuth Mayer, Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1934 S. 486 f
- H. Mayer ders., Anmerkung zu einem Urteil des BGH in JZ 1953 S. 85 f
- Mezger AT Edmund Mezger, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, ein Studienbuch, 9. Aufl., München und Berlin 1960
- Mezger BT ders., Strafrecht, II. Besonderer

- Teil, ein Studienbuch, 7. Aufl., München und Berlin 1960
- Motive Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund nebst Motiven und Anlagen, Separat-Abdruck aus den amtlichen Aktenstücken des Reichstages, Berlin 1870
- Niederschriften... Niederschriften und Sitzungen der großen Strafrechtskommission, 6. Bd., Besonderer Teil, 59-66. Sitzung, Bonn 1958
- Niese Werner Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit; in: Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Nr. 156/157, Tübingen 1951
- Niethammer Emil Niethammer, Lehrbuch des Besonderen Teils des Strafrechts, Tübingen 1950
- Oehler Dietrich Oehler, Liegt beim gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten ein Vermögensschaden im Rahmen des Betrugs vor? GA 1956 S. 161 ff
- v. Olshausen 12. Aufl. Justus v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Aufl., Berlin 1942
- v. Olshausen ders., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927
- Petters Walter Petters, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Beispielen, 24. Aufl., Berlin und München 1957

VII

- | | |
|------------------|---|
| Post | Heinz Post, Der Anwendungsbe-
reich des Unterschlagungstatbe-
standes (§ 246 StGB); in: Neue
Kölner Rechtswissenschaftliche Ab-
handlungen, Heft 6, Berlin 1956 |
| Rotering | Zeit- und Streitfragen, fremdes
Recht; in: GA 47 S. 241 ff |
| Sauer | Wilhelm Sauer, Allgemeine Straf-
rechtslehre, 3., völlig neu bearb.
Aufl. der "Grundlagen des Straf-
rechts", Berlin 1955 |
| Sauer | ders., Der Zueignungsbegriff, GA
63 S. 284 ff |
| Schaffstein | Friedrich Schaffstein, Der Begriff
der Zueignung bei Diebstahl und
Unterschlagung, Ger. S. 103 S.
292 ff |
| Schmidt | Richard Schmidt, Grundriß des
deutschen Strafrechts, 2. Aufl.,
Leipzig 1931 |
| Schneider | W. Schneider, Zur Strafbarkeit der
Fundunterschlagung, MDR 1956
S. 337 f |
| Schönke | Adolf Schönke, Anmerkung zu einer
Entscheidung des OLG Braunschweig
in JZ 1951 S. 236 |
| Schönke-Schröder | Adolf Schönke, Horst Schröder,
Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7.
Aufl. 1954, 10. Aufl. 1960, 12.
Aufl. München und Berlin 1965 |
| Schröder | Horst Schröder, Über die Abgren-
zung des Diebstahls von Betrug und |

	Erpressung, ZStrW 60 S. 32 ff
Schröder	ders., Zur Abgrenzung der Vermögensdelikte, SJZ 1950 Sp. 94 ff
Schröder	ders., Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung, MDR 1950 S. 398 ff
Schröder	ders., Anmerkung zu einer Entscheidung des OLG Braunschweig in JZ 1951 S. 236
Schröder	ders., Anmerkung zu einem Beschluß des BGH in JR 1960 S. 308 f
Schwartz	Ernst Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Kommentar, Berlin 1914
Schwarz	Otto Schwarz, Strafgesetzbuch, Kommentar, 22. Aufl., München und Berlin 1959
Schwarz-Dreher	Otto Schwarz, Eduard Dreher, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., München und Berlin 1966, 23. Aufl., 1961
Schwinge	Erich Schwinge, Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1936 S. 459
Schwinge-Siebert	Erich Schwinge, Wolfgang Siebert, Das neue Untreuestrafrecht in strafrechtlicher und zivilrechtlicher Beleuchtung; für die Praxis dargestellt von Schwinge und Siebert, Berlin 1933
Siegert	Beihilfe zur straflosen Nachtat, GA 77 S. 98 ff

IX

Traub	Fritz Traub, Betrug bei Veräußerung unterschlagener Sachen an einen gutgläubigen Erwerber, NJW 1956 S. 450 ff
Vorentwurf	Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung Allgemeiner Teil, Berlin 1909
Wachenfeld	Friedrich Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914
Wegner	Arthur Wegner, Anmerkung zu einem Urteil des RG in JW 1934 S. 1973 f
Weimar	Robert Weimar, Veräußerung von Sicherungsgut als Betrug zum Nachteil des Trenehmers? MDR 1961 S. 24 f
Welzel LB	Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 8. Aufl., Berlin 1963
Welzel	ders., Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege? JZ 1952 S. 617 f
Welzel	ders., Anmerkung zu einem Urteil des OLG Düsseldorf in GA 1961 S. 348 ff (350 ff)
Zimmer	Willy Zimmer, Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch unter Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Diss. Halle, Eisenleben 1913

=====

Es wurden nur die gebräuchlichen Abkürzungen verwendet.
Paragraphen ohne nähere Angabe der Fundstelle sind
solche des Strafgesetzbuches.

G l i e d e r u n g

I. Teil

(Unterschlagung gleichzeitig begangen mit Vermögens- oder Aneignungsdelikten)

I.	Die Zueignung in Form eines Vermögensdeliktes	S. 3 ff
1.)	Der objektive Zueignungsbegriff	S. 4
2.)	Der subjektive Zueignungsbegriff	S. 5
3.)	Das Verhältnis der Zueignungshandlung zu der Tathandlung des Vermögensdeliktes	S. 8
4.)	Einwendungen der Rechtslehre gegen die Meinung, in einem Vermögensdelikt könne eine Zueignung liegen	S. 11
a.)	Die Täuschungshandlung könne keine Zueignungshandlung darstellen (Schröder)	S. 11
b.)	Die hier vertretene Meinung verwische die strukturellen Unterschiede zwischen Eigentums- und Vermögensdelikten (Schröder und Honig)	S. 12
c.)	Eine Zueignung im Zeitpunkt der Gewahrsamserlangung sei unmöglich (Schneider)	S. 12
d.)	Besonderheiten für Hehlerei und Untreue	S. 15
II.	Die Zueignung in Form eines Aneignungsdeliktes	S. 17 ff
1.)	Nach der h. M.	S. 17
2.)	Nach der Meinung Binding's, Jagusch's und Welzel's	S. 17
III.	Die Tauglichkeit der innerhalb eines ande-	

ren Deliktes liegenden Zueignung zur Erfüllung der Tathandlung des § 246	S. 20 ff
1.) BGH: keine geeignete Tathandlung	S. 20
2.) Einwendungen Baumann's, Bockelmann's und Schröder's	S. 21
3.) Stellungnahme zu der Ansicht des BGH	S. 23
a.) Keine Bestätigung durch den Entwurf 1959 II	S. 23
b.) Der "Sinnzusammenhang der Tatbestände"	S. 24
 IV. Das Besitz-Gewahrsamsmerkmal als tatbestandsmäßige Voraussetzung des § 246	 S. 26 ff
1.) Die "enge" Auslegung	S. 28
2.) Die "weite" und "berichtigende" Auslegung	S. 28
3.) Das Verhältnis der Unterschlagung zu Diebstahl und Raub	S. 29
 V. Das Verhältnis der Unterschlagung zu den mit ihr zusammenfallenden Vermögensdelikten	 S. 32 ff
1.) Allgemeine Voraussetzungen einer unechten Idealkonkurrenz	S. 33
a.) Keine verschiedenen Rechtssubjekte	S. 34
b.) Ausscheiden der Spezialität	S. 38
2.) Die Voraussetzungen der Subsidiarität	S. 38
3.) Die einzelnen Tatbestände	S. 40
a.) Sachbetrug und Sacherpressung	S. 40
b.) Hehlerei	S. 41
c.) Untreue	S. 44
 VI. Die Besonderheiten der Amtsunterschlagung	 S. 47 ff
1.) Das Verhältnis Amtsunterschlagung - Diebstahl	S. 47
a.) Die neuere Lehre	S. 48

b.) Die hergebrachte Meinung und h. Rspr.	S. 49
2.) Das Verhältnis Amtsunterschlagung - Vermögensdelikt	S. 49
a.) Amtsunterschlagung - Betrug	S. 50
b.) Amtsunterschlagung - Erpressung	S. 53
c.) Amtsunterschlagung - Untreue	S. 54
d.) Amtsunterschlagung - Hehlerei	S. 54
VII. Das kommende Recht	S. 56 ff
1.) Das Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei	S. 56
2.) Das Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu Diebstahl und Raub	S. 59
3.) Das Verhältnis der Amtsunterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten	S. 60
a.) Untreue und Diebstahl im Amt	S. 61
b.) Betrug und Erpressung im Amt	S. 61
II. Teil	
(Unterschlagung n a c h einem Aneignungs- oder Vermögensdelikt)	
I. Ausscheiden der Handlungen, die erstmalige Zueignung sind	S. 63 ff
1.) Fehlender Zueignungswille	S. 63
2.) Fehlende Manifestation	S. 64
a.) Gebührenübererhebung	S. 64
b.) Auszahlungsbetrug	S. 66
II. Die Rechtslehre	S. 66 ff
III. Die Rechtsprechung	S. 67 ff

1.) des RG	S. 68
2.) des BGH und anderer Gerichte	S. 75
3.) Beschluß des Großen Senats für Strafsachen	S. 76
IV. Die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung, Wiederholbarkeit der Zueignung	S. 77 ff
1.) Ausscheiden unproblematischer Fälle, in denen Zueignung wiederholt möglich ist	S. 79
2.) Keine ausdrückliche, aber mittelbare Behandlung der Frage in der Rechtsprechung	S. 80
3.) Literatur	S. 81
4.) Stellungnahme Bockelmann's	S. 82
5.) Stellungnahme zu Bockelmann's Ausführungen	S. 83
6.) Ergebnis	S. 86
a.) Ursache der fehlerhaften Entwicklung in Rechtsprechung und Schrifttum	S. 86
b.) Kritik des BGH-Beschlusses ("schuldhaft und strafbar")	S. 88
7.) Kriminalpolitische Erwägungen	S. 90
a.) Keine Strafbarkeit der Verwertungshandlung nach § 350	S. 91
b.) Die Fälle Bockelmann's	S. 91
c.) Bockelmann's berechtigte Kritik an der Einschränkung des BGH ("schuldhaft und strafbar")	S. 96
d.) Es wird kein anderes Rechtsgut verletzt	S. 97
e.) Kein kriminalpolitisches Bedürfnis nach mehrfacher Bestrafung, wenn der Eigentümer der Sache wechselt	S. 97
f.) Keine Straflosigkeit des Betrugs gegenüber dem Erwerber	S. 99

g.) Folgen der Nichtwiederholbarkeit für Verjährung, Amnestierung, Nichterweislichkeit der "Vortat" und Beteiligung an der Verwertungshand- lung	S. 101
V. Das kommende Recht	S. 108
III. Teil	
(Aneignungs- oder Vermögensdelikte n a c h Unterschlagung)	
I. 1.) Aneignungsdelikte nach Unterschlagung	S. 111 ff
2.) Hehlerei nach Unterschlagung	S. 113
II. Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung	S. 116 ff
1.) Sicherungsbetrug	S. 116
a.) Herrschende Meinung	S. 116
b.) Becker und Görgen	S. 117
c.) Widersprüchlichkeit der h. M.	S. 118
2.) Sicherungserpressung	S. 122
III. Verwertungsbetrug	S. 122 ff
1.) Verwertung einer gestohlenen oder unterschlagenen Sache durch Ver- äußerung	S. 122
2.) Verwertung eines gestohlenen oder unterschlagenen Sparkassenbuchs durch Abhebung der Einlage	S. 125
a.) Die Rechtsprechung des RG	S. 126
b.) Die Rechtsprechung des BGH	S. 128
c.) Die Lehre	S. 128
d.) eigene Ansicht: auf keinen Fall ist ein Vermögensschaden gegeben	S. 131
3.) Betrug gegenüber der Sparkasse	S. 134
IV. Kommendes Recht	S. 135 ff

E i n f ü h r u n g

=====

Das Gesetz enthält in § 246 StGB ein reines Zueignungsdelikt. Seine Tathandlung besteht in der Zueignung einer fremden beweglichen Sache; eine nähere Bestimmung der Zueignungshandlung fehlt. Bei den übrigen Zueignungsdelikten ist die Tathandlung genau beschrieben: Wegnahme einer fremden beweglichen Sache beim Diebstahl, Wegnahme einer solchen Sache unter Anwendung von Gewalt gegen eine Person beim Raub. Es liegt nahe, die Tathandlung von Diebstahl und Raub (Wegnahme) als besondere Form der Zueignung anzusehen; damit wäre in jedem dieser Delikte eine Zueignung enthalten, und es würde sich zwangsläufig die Frage stellen, ob damit auch eine Unterschlagung tatbestandsmäßig gegeben ist und in welchem Verhältnis diese Unterschlagung gegebenenfalls zu den Wegnahmeverbrechen steht. Auch Betrug, Erpressung, Untreue und Hehlerei können als Tatobjekt eine fremde bewegliche Sache haben, die der Täter seinem Vermögen einverleiben will. Entweder hat er die fremde Sache bereits in der Hand und führt sich ihren wirtschaftlichen Wert zu, beispielsweise durch Veräußerung an einen Gutgläubigen; dann liegt in der Veräußerung offensichtlich¹⁾ eine Zueignung und gleichzeitig eine Täuschungshandlung. Die Strafbarkeit dieses Verhaltens ist zweifellos unter den Gesichtspunkten der Unterschlagung und des Betruges zu prüfen. Hat der Täter dagegen noch keinerlei Verfügungsgewalt über eine Sache und begeht er eines der genannten Delikte, dann bringt er die Sache regelmäßig in irgend einer Form an sich, und zwar mit dem Willen, die volle Verfügungsgewalt über die Sache auszuüben. Dem ersten Anschein nach umfaßt auch dieses Verhalten die Merkmale einer rechtswidrigen Zueignung; daher liegt die Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung auch in diesen Fällen nahe.

Darüber hinaus nimmt der Täter in der Regel mit der durch

1) Es darf allerdings keine strafbare Handlung vorausgegangen sein.

Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Erpressung, Betrug, Untreue oder Hehlerei erlangten Sache nach Vollendung dieser Delikte Handlungen vor, die der Verwertung der Sache dienen und die ebenfalls - für sich gesehen - die Merkmale einer rechtswidrigen Zueignung enthalten. Auch in diesen Fällen liegt es nicht fern, die Strafbarkeit seines Verhaltens unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung zu untersuchen.

Schließlich ist an folgende nicht seltenen Fallgestaltungen zu denken: um im Besitz einer unterschlagenen Sache zu bleiben oder um in den Genuß des eigentlichen Wertes der Sache zu gelangen, nimmt der Täter Handlungen vor, die dem ersten Anschein nach den Tatbestand eines Vermögensdeliktes erfüllen. Hierher gehören z. B. der sogenannte Sicherungsbetrug und die Sicherungserpressung sowie der häufige Fall der Verwertung eines unterschlagenen Sparkassenbuchs durch Abheben der Einlage.

Die in den drei vorstehenden Absätzen gezogenen Problemkreise betreffen sämtlich das Verhältnis der Unterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten; dieses Verhältnis soll - unter Berücksichtigung auch des kommenden Rechts - Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sein.

I. T e i l

Faßt man die Frage nach dem Verhältnis der Unterschlagung zu anderen Delikten so auf, daß hiermit ein etwa bestehendes Konkurrenzverhältnis dieser Delikte zueinander und nicht lediglich die tatbestandliche Abgrenzung der Delikte voneinander gemeint ist, so ist dennoch zunächst zu untersuchen, ob überhaupt der Tatbestand der Unterschlagung zugleich mit einem Vermögens- oder Aneignungsverbrechen erfüllt werden kann. Stellt sich nämlich heraus, daß eine Unterschlagung niemals in einem anderen Aneignungsdelikt oder in einem Vermögensverbrechen enthalten ist, dann ist die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis gegenstandslos, da sie erst zu beantworten ist, wenn die Tatbestände mindestens zweier Delikte erfüllt sind.

Wesentliches Tatbestandsmerkmal der Unterschlagung ist die Zueignung. Demzufolge wird sich das Hauptaugenmerk zunächst auf dieses Begriffsmerkmal richten. Erst wenn sich ergeben sollte, daß in dem Verhalten bei Begehung eines Vermögens- oder Aneignungsdelikt eine Zueignung gesehen werden kann, wird die nächste Frage zu beantworten sein, ob die Unterschlagung weitere tatbestandliche Voraussetzungen aufstellt und ob diese eventuell gegeben sind.

I.¹⁾ Das Verhältnis der Unterschlagung zu einem gleichzeitig begangenen Vermögensdelikt.

Dem Täter eines Vermögensdelikt (Erpressung, Betrug, Untreue und Hehlerei), das eine fremde bewegliche Sache zum Gegenstand hat, geht es meist um die Erlangung der vollen Herrschaft über diese Sache¹⁾. Bei Betrug und Erpressung ist der Fall, in dem es dem Täter um eine fremde Sache geht, so typisch, daß sich hierfür die Begriffe "Sachbetrug" und "Sacherpressung" eingebürgert haben²⁾. In dem Streben des Täters nach voller Verfü-

1) Schwarz-Dreher (23. Aufl. § 246 Anm. 1 B b) spricht sogar von der Hehlerei und dem Betrug als "Zueignungsdelikten"!

2) Diese Begriffe sind außer in den Fällen, in denen der Täter die volle tatsächliche Verfügungsgewalt erstrebt, auch

gunnungsgewalt über die Sache unter Ausschluß des Eigentümers könnte man den bei der Zueignung vorausgesetzten Zueignungswillen erkennen. Eine Zueignung ist jedoch allein beim Vorhandensein dieses Willens nicht gegeben; hinzukommen muß vielmehr ein Verhalten des Täters, das den Zueignungswillen kundtut. Es ist allgemein anerkannt, daß der bloße, nicht geäußerte Willensentschluß zur Bestrafung wegen einer Zueignung nicht genügt¹⁾. Umstritten ist dagegen, wie das Verhalten geartet sein muß, damit es in Verbindung mit dem Zueignungswillen als Zueignungshandlung angesehen werden kann.

1) Der objektive Zueignungsbegriff

Nach der einen Auffassung²⁾ bedarf es hierzu einer Handlung, die objektiv, ihrem sozialen Sinngehalt nach, als ein auf Erlangung der vollen Sachherrschaft gerichteter Akt erscheint; ein objektiv mehrdeutiges Verhalten erfüllt also diese Voraussetzung nicht. Diese Lehre wird in der Erlangung einer fremden beweglichen Sache mittels Erpressung, Betrug, Untreue oder Hehlerei eine Zueignung nicht oder nur selten erblicken. Die als Zueignungshandlung in Betracht kommende Tätigkeit besteht bei diesen Delikten nämlich regelmäßig³⁾ in der äußerlich völlig neutralen

dann anzuwenden, wenn er die Übereignung auf sich bewirkt. Den ebenfalls geläufigen Ausdruck "Besitzbetrug" könnte man diesen Begriffen entgegensetzen und damit Fälle bezeichnen, in denen es dem Täter weder um das Eigentum noch um die volle Verfügungsgewalt, sondern lediglich um den Besitz an der Sache geht, wobei er im übrigen die Eigentümerposition nicht berühren will.

- 1) vgl. hierzu Bockelmann, JZ 1960 S. 622 Anm. 7; Maurach BT, S. 217; ders. JZ 1960 S. 291
- 2) Formuliert von Gallas in Niederschriften... S. 301 li. Sp.; vgl. auch Schneider in MDR 1956 S. 338; von Maurach wird diese Lehre "Publizitätstheorie" genannt; der Ausdruck ist wenig glücklich gewählt, da er sich nicht scharf genug gegen die (unten dargestellte) "Manifestationstheorie" abhebt.
- 3) anders z. B. in dem bereits in der Einführung genannten Fall, in dem der Täter sich erstmalig dadurch an der Sache vergewaltigt, daß er sie an einen Gutgläubigen veräußert. In der Veräußerung liegt auch nach dem objektiven Zueignungsbegriff eine Zueignung, so daß es hier nicht auf den Streit ankommt.

Entgegennahme des Gegenstandes, die durchaus verschiedenen Motiven des Täters entsprungen sein kann, die jedenfalls nicht o b j e k t i v auf die Herstellung der vollen Herrschaft gerichtet ist.

Das zeigt sich besonders deutlich bei der betrügerischen Verschaffung einer Sache: durch das Manöver des Betrügers soll dem Getäuschten das Vorhaben, die volle Herrschaft über die Sache zu erlangen, gerade verschleiert werden; der Getäuschte irrt sich über die Absicht, die der Betrüger bei der Entgegennahme der Sache hat; würde er das Verhalten als solches erkennen, das auf die Erlangung der vollen Sachherrschaft gerichtet ist, dann würde er die Sache nicht dem Täter überlassen. Nur weil der Akt der Entgegennahme durch den Betrüger "ihrem sozialen Sinngehalt nach" allein nicht als auf Herstellung der vollen Sachherrschaft gerichtet erkennbar ist, erlangt der Betrüger die Sache. Für Vertreter des oben formulierten sog. objektiven Zueignungsbegriffs liegt in dem Verhalten des Täters, durch das er betrügerisch, erpresserisch, hehlerisch oder durch Untreue die Sache an sich bringt, folglich auch dann nicht immer eine Zueignungshandlung, wenn der Täter mit Zueignungsabsicht handelt. Daher erübrigt sich für sie eine Prüfung des Verhaltens des Täters unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung in vielen Fällen.

2) Der Zueignungsbegriff der h. M.

Im Gegensatz zu dieser Meinung genügt nach h. L. und Rspr. zur Erfüllung des Tatbestandsmerkmals "sich zueignen" im Sinne des § 246 ein Verhalten, mit dem der Täter seinen Zueignungswillen nach außen dokumentiert ("Manifestationstheorie")¹⁾; objektive

1) Die Formulierung Maurach's (aaO) weicht insoweit ab, als Maurach die Dokumentation eines "im Innern vollzogenen Aneignungsaktes" verlangt. Die Definition erweckt den Eindruck, als ob die Zueignung in einem rein inneren Willensakt bestehe; wie alle Tatbestände des StGB setzt auch § 246 eine bestimmte T a t h a n d l u n g voraus; eine Handlung erschöpft sich aber niemals in einem bloßen Willensakt, der nicht nach außen in Erscheinung tritt. Somit kann auch die Zueignungshandlung erst in der Manifestation gesehen werden, die allerdings vom Zueignungswillen getragen sein muß; vgl. hierzu den folgenden Text!

Eindeutigkeit im Sinne der oben dargelegten Lehre wird also nicht verlangt. Es ist vielmehr gleichgültig, durch welche Handlung die Zueignung geschieht, sofern sie nur die Herstellung der vollen Sachherrschaft zum Ausdruck bringt¹⁾. Mit Recht hat sich diese Auffassung in Literatur und Rspr. durchgesetzt. Die Gegenmeinung geht nämlich von der unrichtigen Voraussetzung aus, daß es objektiv unzweideutige Zueignungshandlungen gebe. Aber selbst die - auch von der "objektiven Theorie" als unzweideutig anerkannte - Veräußerung einer fremden beweglichen Sache ohne Einwilligung des Eigentümers braucht nicht notwendig eine Zueignung im Sinne des § 246 zu sein; selbst dann nicht, wenn der Veräußerer das Fehlen der Einwilligung kennt. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß der Veräußerer davon überzeugt ist, der Eigentümer werde seine Zustimmung zu dem Geschäft erteilen. Durch eine solche Einstellung des "Täters" wird sein Verhalten strafrechtlich völlig neutral, von einer unzweideutigen Zueignungshandlung kann keine Rede sein. Hier zeigt sich auch die Ursache, die zu der abzulehnenden Theorie führt: diese Lehre versucht, einen so finalen Begriff (wie die Zueignung) rein objektiv zu bestimmen, indem sie die Willensrichtung des Täters zunächst außer Betracht läßt. Die Willensrichtung soll nur subjektives Spiegelbild²⁾ der objektiv unzweideutig festgestellten Zueignungshandlung sein. Dabei wird übersehen, daß sich das äußere Verhalten des Täters und dessen Willensrichtung nicht

1) Bockelmann a.a.O.; Maurach BT S. 217; Welzel S. 292; anscheinend anders: Schönke-Schröder, § 246 Note 11 "Betätigung des Zueignungswillens in objektiv erkennbarer Weise"; RGSt 55 S. 146; 58 S. 230/231. RGSt 67 S. 78 spricht von einem "gedachten Beobachter", der den Aneignungswillen des Täters zu erkennen in der Lage sein müsse; diese Formulierung deutet allerdings zunächst auf eine objektive Auffassung hin, wenn man nicht den Nachsatz liest, daß es sich um einen Beobachter handeln muß, "dem die in Wirklichkeit bestehenden Tatumsstände bekannt sind"; eine Eindeutigkeit im Sinne der sog. objektiven Zueignungstheorie verlangte das RG also nicht; vgl. schließlich BGH in NJW 1960 S. 685 (Ziff. II 2). Über die ältere Literatur und Rspr. siehe von Olshausen § 246 Anm. 11

2) Bockelmann a.a.O. Anm. 6; siehe zu diesem Vergleich: Niese S. 10 Anm. 16 und S. 27

losgelöst voneinander - spiegelbildlich - gegenüberstehen, daß vielmehr das in Erscheinung tretende Verhalten von dem Zueignungswillen getragen sein muß, wenn eine Zueignungshandlung vorliegen soll. Ist dieser Zueignungswillen im Einzelfall nicht gegeben, dann kann man nicht von einer Zueignungshandlung sprechen, auch dann nicht - wie obiges Beispiel zeigt -, wenn eine scheinbar "objektiv unzweideutige" Handlung vorliegt. Umgekehrt genügt zur Bejahung einer Zueignungshandlung jedes Verhalten des Täters, das den Willen kundtut, die volle Sachherrschaft einzunehmen. In der Empfangnahme der fremden beweglichen Sache, auf die sich Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei beziehen, kann daher bei entsprechender Willensrichtung des Täters¹⁾ eine Zueignung liegen. Für den Fall der Entgegennahme ertrogenen Geldes hat der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofs in seinem Beschluß vom 7. Dezember 1959²⁾ dieses Ergebnis ausdrücklich anerkannt; es kann auch für die durch Erpressung, Untreue oder Hehlerei erlangte Sache nicht anders lauten³⁾.

Das Reichsgericht hat zwar nicht die Möglichkeit in Erwägung gezogen, daß im deliktischen Erwerb einer fremden beweglichen Sache eine Unterschlagung liegen könne⁴⁾. Es hat sich aber um so häufiger mit dem Problem der sog. Verwertungstat befaßt und dabei die Straflosigkeit der letzteren immer wieder damit begründet, daß bereits in dem vorangegangenen Vermögensdelikt eine Betätigung des Herrschaftswillens liege und daß für eine nochmalige Zueignung kein Raum mehr sei⁵⁾. Wenn

-
- 1) diese fehlt z. B. in dem vom BGH in NJW 1962 S. 116 f (117) entschiedenen Fall
 - 2) BGHSt 14 S. 38 ff=NJW 1960 S. 684 ff=JZ 1960 S. 640 ff mit insoweit zust. Bespr. von Bockelmann S. 621 ff (622); = JR 1960 S. 305 ff mit Anm. von Schröder S. 308; = LM Nr. 12 zu § 350 mit Anm. von Busch
 - 3) Binding I S. 268
 - 4) Ausnahme: RGSt 67 S. 70 ff (77);
 - 5) vgl. zum Bsp. RGSt 15 S. 426 ff (428); GA 59 S. 449; HRR 1928 Nr. 1528

das RG von einer "nochmaligen" Zueignung spricht, dann beweist das eindeutig, daß bereits eine Zueignung vorausgegangen sein muß; damit bejahte das RG also indirekt, daß in einem Vermögensdelikt, das auf Erlangung der vollen Sachherrschaft gerichtet ist, eine Zueignungshandlung steckt.

3.) Das Verhältnis der Zueignungshandlung zu der Tathandlung des Vermögensdeliktes.

Einer näheren Untersuchung bedarf die Frage, in welchen Fällen die Zueignungshandlung mit dem Vermögensdelikt eine Handlungseinheit bildet.

Keine Schwierigkeit bereitet in dieser Hinsicht der Fall, in dem der Täter eine fremde Sache, die er bereits besitzt, durch Veräußerung an einen Gutgläubigen unterschlägt. In der Veräußerung liegt einerseits die für die Unterschlagung erforderliche Zueignungshandlung und andererseits das in § 263 vorausgesetzte betrügerische Verhalten. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß hier eine natürliche Handlungseinheit zu bejahen ist¹⁾.

In den in dieser Untersuchung im Vordergrund stehenden Fällen aber, in denen der Täter sich erst den Besitz der Sache verschaffen will, liegt eine Handlungseinheit zwischen der Zueignung und dem Verhalten, das den Tatbestand eines Vermögensdeliktes bildet, nicht so eindeutig auf der Hand. Vollendet sind z. Bsp. Sachbetrug und Sacherpressung mit der Vermögensverfügung des Opfers, die den Vermögensschaden herbeiführt. Da in unserem Zusammenhang lediglich Delikte interessieren, die sich auf eine fremde bewegliche Sache beziehen, kommt als Verfügung in erster Linie die Übertragung des Gewahrsams an der Sache in Betracht²⁾. Fälle, in denen der Eigentümer auf Grund

1) Vgl. zu diesem Fall eingehender unten!

2) Daß solche Verfügung das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung i. S. der §§ 263, 253 erfüllt, ist heute nicht mehr bestritten, vgl. zum Bsp. Schönke-Schröder § 263 Note 40 a; eingehend Schröder in ZStrW 60 S. 32 ff (52), der noch gegen die ältere Lehre zu kämpfen hatte,

einer Täuschung oder Nötigung wirksam - wenn auch anfechtbar - Eigentum auf den Täter überträgt, scheiden aus unserer Problematik aus; "zueignen" heißt nämlich: Herstellen der quasi-Eigentümerstellung gegen den Willen des Eigentümers. Daß die strafrechtliche Zueignung begrifflich voraussetzt, daß der Täter gegen den Willen des Eigentümers (oder sonst Berechtigten) handelt, ergibt sich aus dem Wesen der Zueignung, die zunächst das negative Merkmal der Enteignung umfaßt. Schon dem Wortsinn nach bedeutet aber "enteignen" die Entsetzung des Eigentümers aus seiner Eigentümerposition, und zwar gegen seinen Willen. In diesem Sinne wird der Ausdruck auch im öffentlichen Recht gebraucht (Art. 14 GG), wobei natürlich zu beachten ist, daß hier die Enteignung nicht nur die tatsächlichen Verhältnisse des Eigentümers zur Sache verändert, sondern in jedem Fall auch die rechtliche Stellung beeinflußt. Aber auch hier spricht man von Enteignung nur im Falle der zwangsweisen Entziehung von Rechten; ist der Eigentümer bereit, seine Rechte freiwillig zu übertragen, dann kommt es nicht zur Enteignung. Bei einer wirksamen durch Täuschung herbeigeführten Übereignung erwirbt der Täter nicht Eigentum gegen den Willen des Eigentümers, sondern auf Grund einer - wenn auch anfechtbaren - Willenserklärung des Eigentümers; daher kann hierin eine Enteignung und damit eine Zueignung im strafrechtlichen Sinne nicht gesehen werden ¹⁾. Die Gewahrsamsübertragung, die also die bei

die - von dem juristischen Vermögensbegriff ausgehend - eine Verfügung im bürgerlich-rechtlichen Sinne mit Wirkung auf die materielle Rechtslage forderte; Hälschner S. 268; deutlicher v. Bar in Ger. S. 40 S. 481 ff (492). Von dieser (älteren) Lehre geht auch Wegner (JW 1934 S. 906) aus und verneint zu Unrecht den Tatbestand des Betrugs im Falle bloßer Besitzübertragung.

- 1) Welzel S. 87/88, 291; dies verkennen Bockelmann (JZ 1960 S. 624 Anm. 13), Maurach (BT S. 219), Schönke-Schröder (§ 246 Note 17-19 und Jagusch (LK § 246 Anm. 5), die bei Einwilligung des Eigentümers die Rechtswidrigkeit der Zueignung verneinen; für den Fall der Übereignung ausdrücklich: Bockelmann a. a. O. Der Fall liegt jedoch nicht anders als zum Bsp. bei der Wegnahme gemäß § 242: wie die Wegnahme ("Bruch" fremden Gewahrsams!) nur gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers erfolgen kann, so ist die Zueignung be-

den §§ 263, 253 erforderliche Verfügung bildet, verlangt auf Seiten des Täters die Entgegennahme der Sache. Dieses Verhalten des Täters stellt mit der Vermögensverfügung einen einheitlichen Vorgang dar. Da die Verfügung ein Tatbestandsmerkmal von Betrug und Erpressung ist, besteht auch eine Einheit zwischen der Entgegennahme der Sache einerseits sowie Betrug und Erpressung andererseits. Dabei ist es nicht von Bedeutung, ob die eigentliche Tathandlung - Täuschung bzw. Nötigung - im Zeitpunkt der Entgegennahme der Sache bereits vollendet war¹⁾.

Daß die Entgegennahme der Sache, in der die Zueignungshandlung liegen soll, mit dem Vermögensdelikt (Betrug, Erpressung) eine Handlungseinheit bildet, ergibt sich auch aus folgender Überlegung: der Vermögensvorteil, den der Täter zu erlangen sucht, besteht im Gewahrsam an der Sache. Das Vermögensdelikt ist also erst im Augenblick der Gewahrsamerlangung (materiell) beendet - bis zu diesem Zeitpunkt wird es "begangen" im Sinne der §§ 48, 49, 67²⁾. Dieser Zeitpunkt muß genau so maßgebend sein für die Möglichkeit einer tateinheitlichen Begehung³⁾. Da der Akt, der das Vermögensdelikt beendet, zugleich die Zueignungshandlung bildet, besteht auch aus diesem Grund

grifflich nur gegen den Willen des Eigentümers denkbar; man spricht also im Gegensatz zu der die Rechtswidrigkeit ausschließenden "Einwilligung" besser von "Einverständnis" des Eigentümers, das den Tatbestand ausschließt. Dem "armen Schelm", der mit der fremden Sache Handlungen vornimmt, die formell gegen ein vom Eigentümer zum Bsp. innerhalb eines Eigentumsvorbehalts gesetztes Verbot verstoßen, dabei aber davon ausgeht, wegen der besonderen Umstände nicht gegen den Willen des Eigentümers zu handeln, drohen bei der hier vertretenen Ansicht nicht die "erbarmungslos starren Zähne des Unterschlagungsstatbestandes" (Baumann, Der strafrechtliche Schutz... S. 195): die Verbotsirrtumsregelung greift nicht Platz, weil das Handeln gegen den Willen des Berechtigten zum Tatbestand des § 246 gehört und vom Vorsatz des Täters erfaßt sein muß; andernfalls entfällt eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung mangels Vorsatzes. Für die hier vertretene Ansicht sprechen also auch rechtspolitische Erwägungen.

1) Schönke-Schröder, § 246 Note 10

2) Schönke-Schröder, Vorbem. zu § 43 Note 1, 2; Welzel S. 99, 167, 228/229

3) Welzel S. 203

Handlungseinheit zwischen dem Vermögensdelikt und der Zueignung¹⁾.

4.) Einwendungen der Rechtslehre gegen die Meinung, in einem Vermögensdelikt könne eine Zueignung liegen.

a) S c h r ö d e r²⁾ meint, eine Unterschlagung könne erst in dem Augenblick begangen werden, in dem der Täter die Sache in der Hand hat; das betrügerische Erschleichen der Sache könne (also) deswegen noch nicht den Tatbestand des § 246 erfüllen, weil der Täter in diesem Augenblick die Sache noch nicht im Gewahrsam habe. Diese Ausführungen richten sich offensichtlich gegen die Annahme einer Unterschlagung n i c h t aus der Erwägung heraus, § 246 setze Vorzeitigkeit der Gewahrsamserlangung gegenüber der Zueignung voraus; denn auch Schröder bejaht die Möglichkeit, daß Zueignung und Gewahrsamserlangung gleichzeitig erfolgen³⁾. Vielmehr glaubt Schröder, der BGH erblicke allein in der Täuschung die zur Unterschlagung erforderliche Zueignungshandlung⁴⁾. Der BGH sieht aber erst in der Empfangnahme der Gelder die Zueignungshandlung, denn er stellt darauf ab, daß der Täter "bei der Empfangnahme" den erforderlichen Zueignungswillen besitzt⁵⁾. Die Täuschungshandlung ist für ihn lediglich einer der Tatumstände, die zur Ermittlung des Zueignungswillens von Bedeutung sind. Demnach ist an dem bereits gewonnenen Ergebnis festzuhalten, daß die Erlangung einer Sache auf Grund eines Vermögensdeliktes uno actu mit einer Zueignung erfolgen kann.

1) Diese Möglichkeit wird von Schönke-Schröder, § 246 Note 10 - wenn auch zweifelnd - bejaht.

2) JR 1960 S. 308; zustimmend Baumann in NJW 1961 S. 1141 sowie Anm. 11

3) Schönke-Schröder, § 246 Note 1; er vertritt sogar die "berichtigende" Auslegung.

4) Zu dieser Annahme mag sich Schröder durch den Satz veranlaßt sehen "Das Erschwindeln der Gelder mit dem Willen zum eigenen Verbrauch ist jedenfalls Zueignung".

5) vgl. Nr. II 2 zweiter Satz der Gründe: "der schon bei Empfangnahme vorhandene Wille..."

b) Schröder¹⁾ meint ferner, die These des BGH verwische die strukturellen Unterschiede zwischen Vermögens- und Eigentumsdelikten; Betrug sei die Erschleichung einer Selbstschädigung des Opfers, Unterschlagung dagegen die eigenmächtige, das fremde Eigentum nicht respektierende Zueignung durch den Täter. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Betrüger, der sich den Besitz einer Sache mit Zueignungswillen erschleicht, das fremde Eigentum ebensowenig respektiert wie der Täter einer Unterschlagung. Zwischen den Aneignungs- und Vermögensdelikten mag zwar strukturell ein Unterschied bestehen; dieser drückt sich jedoch nicht darin aus, daß ein Betrug in Bezug auf eine fremde bewegliche Sache eine zugleich darin liegende Zueignungshandlung notwendig ausschließt. Das hat seine Ursache in der Weite des Begriffs der Zueignung; als solche kommt eben jede Handlung in Betracht, sofern sie nur das Vorhandensein eines Zueignungswillens manifestiert.

Auch Honig²⁾ vertritt die Meinung, eine Handlung könne entweder nur dem Unterschlagungs- oder dem Betrugstatbestand unterfallen; denn es sei begrifflich ausgeschlossen, eine Sache, die man schon in Gewahrsam habe, sich zuzueignen und zugleich sie sich von einem anderen geben zu lassen. Honig verneint den Tatbestand der Unterschlagung nicht wegen fehlender Zueignung, sondern weil eine Zueignung von Sachen, die der Täter nicht bereits im Gewahrsam hat, nicht die sonstigen Voraussetzungen der Unterschlagung erfüllt³⁾. Dementsprechend bejaht Honig denn auch an anderer Stelle⁴⁾ die Möglichkeit, daß "mit dem Betrug die Zueignung der Sache vollzogen" sei.

c) Einen echten Einwand gegen die hier vertretene Meinung

1) JR 1960 S. 308

2) S. 103

3) Dasselbe gilt für Frank, § 246 Anm. I

4) S. 110 (2. Absatz)

erhebt S c h n e i d e r¹⁾). Er verneint nämlich das Vorliegen einer Unterschlagung bei Gewahrsamserlangung in Zueignungsabsicht, weil in diesen Fällen schon keine Zueignung gegeben sei. Diese Auffassung glaubt er "aus dem Zusammenhang der Zueignungsverbrechen unter Berücksichtigung der Motive" vertreten zu müssen.

Die zitierten Motivstellen sprechen jedoch nicht mit der von Schneider behaupteten Eindeutigkeit für dessen Meinung. Wenn es dort heißt, die Besitzergreifung selbst in Zueignungsabsicht werde "eine widerrechtliche nicht sein", so ist damit eine Zueignung nicht verneint, zumal dem Wort "widerrechtlich" hier wohl die Bedeutung "strafbar" zukommen soll. Dies umso weniger, als es im Nachsatz heißt, die Absicht der Zueignung werde sich erst durch eine nachfolgende Tatsache manifestieren müssen und "erst mit dieser letzteren der Tatbestand der U n t e r s c h l a g u n g erfüllt sein". Eindeutig für die Meinung Schneider's würde diese Stelle nur dann sprechen, wenn es am Ende hieße: "...mit dieser letzteren das Tatbestandsmerkmal der Z u e i g n u n g erfüllt sein". Der Wortlaut der Motive legt jedoch die Auffassung nahe, daß der historische Gesetzgeber im Hinblick auf die Fassung des späteren § 246 die Unterschlagung in den Fällen der Gewahrsamserlangung in Zueignungsabsicht deshalb verneint wissen wollte, weil der Täter die Sache nicht "in Besitz oder Gewahrsam hat". Die Zueignungsfrage sollte damit nicht berührt werden.

Der Zusammenhang der Zueignungsdelikte, auf den sich Schneider beruft, führt ebensowenig zu einem anderen Ergebnis. Zwar muß man Schneider einräumen, daß nach § 242 Diebstahl mit der Wegnahme vollendet ist, ferner daß nach dem Wortlaut bezüglich der Zueignung nur die Absicht, nicht aber auch deren Verwirklichung erforderlich ist. Den Wortlaut des § 242 hält aber W e l z e l²⁾ im Anschluß an B i n d i n g³⁾ "für nicht ganz

1) MDR 1956 S. 337/338, zwar nicht ausdrücklich; seine Ausführungen über die Fundunterschlagung berühren aber auch diese Frage.

2) LB S. 293/294

3) LB I S. 255 Anm. 3, S. 285

geglückt". Er vertritt die Ansicht, auch § 242 erfordere eine vollendete Zueignung, die in der Wegnahme zu sehen sei. Binding¹⁾ vertritt mit einleuchtenden Argumenten die Meinung, seine Auslegung stimme mit der Fassung des § 242 überein. Selbst wenn man nicht so weit gehen will, in jeder diebischen Wegnahme eine Zueignung anzunehmen, so darf man keinesfalls umgekehrt davon ausgehen, daß in der Wegnahme niemals eine vollendete Zueignung liegen könne. Entscheidende Bedeutung für die Auslegung des Begriffs der Zueignung (§ 246) kann der Fassung des § 242 also nicht beigemessen werden. Wollte man dies dennoch tun, so wäre der Wortlaut des § 246 unverständlich: die Vorschrift verlangt ausdrücklich, daß der Täter die Sache, die er sich zueignet, "in Besitz oder Gewahrsam hat". Wäre der Gesetzgeber davon ausgegangen, daß eine Zueignung ohnehin nur an Sachen möglich ist, die der Täter bereits im Gewahrsam hat, dann wäre eine Aufnahme dieser Worte überflüssig. Vielmehr nennt das Gesetz die Zueignung einer Sache, die der Täter bereits in Gewahrsam hat; daraus kann man schließen, daß es auch eine Zueignung an Sachen kennt, die der Täter (noch) nicht in Gewahrsam hat. Hierunter fällt auch die mit der Gewahrsamserlangung erfolgende Zueignung²⁾.

Post³⁾ geht von einem ähnlichen Standpunkt wie Schneider aus; er erblickt in dem Besitz-Gewahrsamsmerkmal nicht ein einschränkendes Tatbestandsmerkmal, sondern lediglich ein Substrat der Zueignung, mit der Folge, daß "in allen denkbaren Zueignungsfällen zugleich das Erfordernis von Besitz oder Gewahrsam erfüllt wäre". Meinem schon bei der Kritik der Meinung Schneider's erhobenen Einwand, daß dann die Aufnahme der Worte "die er in Besitz oder in Gewahrsam hat" im Gesetzestext unverständlich wäre, versucht er damit zu begegnen, daß er ihr "ausschließlich deklaratorische Bedeutung"⁴⁾ beimißt. Es mag Post

1) a.a.O. S. 285 Anm. I, S. 268 a.E.

2) vgl. Binding I S. 268 für die betrügerische Besitzverschaffung in Aneignungsabsicht; ferner S. 275

3) S. 51

4) S. 62

eingeräumt werden, daß die Zueignung einer Sache ohne rechtliche oder tatsächliche unmittelbare oder mittelbare Machtbeziehung des Täters zum Tatobjekt nicht denkbar ist. Das hat seinen Grund darin, daß beim Fehlen eines solchen Verhältnisses von einer Manifestation des Zueignungswillens nicht mehr die Rede sein kann; die Anmaßung der Eigentümerstellung wird von niemandem erkannt und noch weniger anerkannt; sie hat keinerlei nachteilige Folgen für die Stellung des wirklichen Eigentümers zur Sache, stellt also keine Eigentumsverletzung, wie sie § 246 im Auge hat, dar. Man gelangt demzufolge in solchen Fällen zur Verneinung der Zueignung auch bei Zugrundelegung der herkömmlichen Definition der Zueignung ("Manifestation" des Zueignungswillens). Der Einbeziehung der Merkmale Besitz oder Gewahrsam bedarf es hierfür nicht. Im übrigen legt Post im Gegensatz zu Schneider die Begriffe Besitz und Gewahrsam derart weit aus, daß er auf diesem Umweg praktisch zu denselben Ergebnissen kommt wie die "berichtigende" Auslegung¹⁾. Auf die Lösung der hier interessierenden Fälle, die das Verhältnis der Unterschlagung zu Vermögens- und Zueignungsdelikten betreffen, hat die Theorie Post's daher keinen Einfluß.

d) Was im vorhergehenden über eine in Sachbetrug und in der Sacherpressung liegende Zueignung gesagt wurde, gilt auch für die Zueignung anlässlich einer Hehlerei (§ 259), zumindest in der wichtigsten Modalität des "Ansichbringens". "Ansichbringen" im Sinne des § 259 bedeutet nämlich nach h. M. die bewußte und gewollte Erlangung der vollen Verfügungsgewalt über die Sache²⁾. Die Definition umfaßt also auch den Begriff der Zueignung. Liegt damit in jedem hehlerischen Ansichbringen eine Zueignung? Aus

1) Ob er sein Ziel, die Ergebnisse der "berichtigenden" Auslegung auf ein rechtsstaatlich sicheres Fundament zu stellen, erreicht hat, erscheint angesichts dieser weiten Auslegung zweifelhaft.

2) Jagusch LK, § 259 Anm. 4 a; Kohlrausch-Lange, § 259 Anm. Vc; Schönke-Schröder, § 259 Note 21; Maurach BT S. 333 (einschränkend); Welzel S. 337 ("dingliche oder quasi-dingliche Verfügungsmacht"); aus der Rspr. vgl. RG HRR 1939 Nr. 354; BGHSt 15 S. 53 ff (56)

zwei Gründen ist die Frage zu verneinen. Einmal ist oben¹⁾ dargelegt worden, daß und warum ein Täter, der die Übereignung auf sich bspw. durch Betrug oder Erpressung erwirkt, keine strafrechtliche Zueignung begeht. Es ist aber unbestritten, daß Hehlerei in Form des Ansichbringens auch dann gegeben sein kann, wenn der Hehler die wirksame Übereignung einer strafbar erlangten Sache auf sich bewirkt. Dann ist also das Tatbestandsmerkmal "Ansichbringen" erfüllt, ohne daß zugleich eine strafrechtliche Zueignung vorliegt. Aus einem zweiten Grund braucht im "Ansichbringen" nicht notwendig eine Zueignung i. S. des § 246 enthalten zu sein. § 246 verlangt, daß der Täter die Sache sich zueignet, d. h., § 246 setzt die Erlangung eigener Verfügungsgewalt des Täters voraus. Der BGH verlangt jedoch - unter Ablehnung der Rspr. des RG - im Fall des Erwerbes des Gewerbegehilfen für den Geschäftsherrn für das "Ansichbringen" nicht die Erlangung eigener Verfügungsgewalt des Gehilfen²⁾. In diesen Fällen eignet sich der Hehler die Sache nicht zu, so daß eine Zueignung i. S. des § 246 nicht gegeben ist.

Wie bei Betrug, Erpressung und Hehlerei kann auch die Tathandlung der Untreue (§ 266) eine Zueignung enthalten³⁾. Binding⁴⁾ und Frank⁵⁾ sowie im Anschluß an diese Honig⁶⁾ und Wegner⁷⁾

1) unter I 3

2) BGHSt 2 S. 262 ff

3) Die h. M. bejaht sogar echte Idealkonkurrenz: Jagusch in LK, § 266 Anm. 8; Kohlrausch-Lange, § 266 Anm. VIII; v. Olschhausen, § 266 Anm. 16 a; Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 266 Anm. XII; Maurach BT S. 311; Welzel S. 329; RG in st. Rspr. Bd. 3 S. 284; 16 S. 344; 63 S. 407; 70 S. 55; BGH LM Nr. 42 zu § 73; RGSt 42 S. 420 ff (422) sagt ausdrücklich, im strafrechtlichen Sinne habe "die Aneignung der Geldbeträge bereits mit der Vollendung der Untreue stattgefunden"; trotz dieser Feststellung sah das Gericht sich nicht zur Prüfung einer mit Untreue zusammenfallenden Unterschlagung veranlaßt, offensichtlich, weil die Zueignung mit der Gewahrsamerlangung zusammenfiel und nach seiner Meinung daher der Tatbestand einer Unterschlagung nicht gegeben war.

4) LB I S. 396/397

5) Komm. § 266 Anm. I

6) S. 102

7) JZ 1934 S. 1974; vgl. auch Liszt-Schmidt S. 655; weitere

vertraten allerdings die Auffassung, Untreue könne nicht die Form einer Zueignung annehmen. Sie begründeten ihre Meinung mit der Mißbrauchstheorie, wonach die Untreue (nur) im Mißbrauch der dem Täter eingeräumten Machtvollkommenheit besteht; diese Vollmacht gehe nie auf Aneignung. Soweit die Mißbrauchstheorie durch die damalige Fassung des § 266 gerechtfertigt war, mag die von den Genannten vertretene Auffassung richtig gewesen sein. Da der Treubruchtatbestand ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen wurde (§ 266 Abs. 1 zweite Alternative), besteht kein Grund mehr zur Ablehnung der Untreue in Form einer Zueignung¹⁾.

Als Zwischenergebnis ist also festzuhalten:

Zusammen mit den Vermögensdelikten Erpressung, Betrug, Hehlerei und Untreue kann eine Zueignung begangen werden.

II.) Die Zueignung in Form eines Aneignungsdeliktes.

Die Frage der zugleich mit einem anderen Verbrechen begangenen Zueignung wurde bisher lediglich an Hand der Vermögensdelikte im engeren Sinn untersucht; im folgenden soll geprüft werden, ob die Zueignung auch die Form der Aneignungsdelikte Diebstahl und Raub annehmen kann.

1.) Die herrschende Meinung

Trotz ihres Namens enthalten diese nämlich nach h. M. nicht notwendig eine vollendete Zueignung, sondern diese muß nur geplant sein²⁾.

2.) Die Meinung Binding's, Jagusch's und Welzel's.

Gegen eine solche Auslegung wenden sich im Anschluß an

Vertreter dieser Meinung sind bei Olshausen a.a.O. aufgeführt.

1) vgl. RGSt 77 S. 37/38; Schwinge-Siebert S. 61 (§ 11)

2) vgl. z. B. Maurach BT S. 185; Kohlrausch-Lange, § 242 Anm. III 2 a + b; Schönke-Schröder 10. Aufl., § 242 Anm. VII 2, abweichend anscheinend jetzt 12. Aufl., § 242 Note 68

Binding¹⁾ heute insbesondere Welzel²⁾ und J a g u s c h³⁾ 4); nach ihnen besteht Diebstahl in der Zueignung einer Sache durch Wegnahme, Raub in der Zueignung durch Wegnahme mittels Gewalt gegen eine Person⁵⁾.

Diese Meinung wird allein dem heute herrschenden Zueignungsbegriff gerecht: wenn man die Zueignung als Manifestation des Zueignungswillens auffaßt, so fragt es sich, durch welche Handlung der Zueignungswille sinnfälliger betätigt werden kann als durch den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams; Wegnahme in Zueignungsabsicht ist eben eine der vielen Möglichkeiten, sich eine Sache zuzueignen. Auch von Vertretern der h. M. wird eingeräumt, daß die Zueignung regelmäßig durch die Wegnahme bewirkt werde, daß der Fall, in dem nur die Absicht künftiger Zueignung vorliege, "gewiß unter einer Million von Fällen kaum einmal" oder gar nur "in der Gedankenwelt der Rechtslehre" vorkomme⁶⁾. Der Einwand M a u r a c h 's⁷⁾, die Auffassung Welzel's zwingt zu einer Revision des herrschenden Wegnahmebegriffs, ist schon durch Binding⁸⁾, der selbst Anhänger der Apprehensionstheorie war, widerlegt: der Bruch fremden Gewahrsams stellt das negative Moment der Zueignung, die Enteignung, dar; während das positive Moment der Zueignung, die Aneignung, mit der Begründung neuen Gewahrsams gegeben ist. Der Widerspruch in der h. M. tritt besonders deutlich zutage, wenn man die auch von Maurach akzeptierte Definition des Diebstahls von

1) LB I S. 285

2) LB S. 293/294

3) LK § 242 Anm. IV 2

4) Begründet wurde diese Lehre nicht, wie Lerch (S. 75 Anm. 1) meint, von Binding, sondern von Hälschner (S. 290); vgl. auch Baumann, NJW 1961 S. 1142 r. Sp. vorl. Abs. a. E.; Honig S. 100; Schwartz, § 242 Anm. 9

5) Welzel S. 304

6) v. Alberti S. 296

7) BT S. 185

8) LB I S. 268 ff, 285 Anm. 1, 292

M e z g e r¹⁾ mit der Begriffsbestimmung der Zueignung, wie sie die h. M.²⁾ gibt, vergleicht: "Diebstahl ist Betätigung der Zueignungsabsicht durch Wegnahme" - "Zueignung ist Betätigung des Zueignungswillens durch eine nach außen erkennbare Handlung". Setzt man an die Stelle des abstrakten Merkmals der "nach außen erkennbare Handlung" im konkreten Fall eine Wegnahmehandlung (die doch gewiß "nach außen erkennbar" ist), dann stimmen die Definitionen nicht nur sinngemäß, sondern wörtlich überein³⁾.

Diese Ansicht steht nicht im Widerspruch zur herrschenden sog. Sachwerttheorie, nach der es für die Zueignung genügt, wenn der Täter sich statt der Sache den in ihr verkörperten Sachwert zueignet (Hauptfall: Der Täter nimmt ein Sparkassenbuch in der vorgefaßten Absicht weg, es dem Gewahrsamsinhaber zurückzugeben, sobald er die Einlage abgehoben hat). Vielmehr behandelt die Sachwerttheorie - oder ihr Gegenstück, die Substanztheorie - eine andere Frage: wann hat der Täter die Absicht, sich die Sache zuzueignen? Ist diese Absicht ausgeschlossen, wenn er die Sache zurückbringen will? Dieses Problem wird von der Meinung, Wegnahme mit Zueignungswillen sei Zueignung, nicht berührt. Vielmehr müssen auch die Vertreter dieser Ansicht prüfen, ob die Absicht, in der der Täter eine Sache wegnimmt, einen Zueignungswillen darstellt; denn auch sie müssen prüfen, ob die Wegnahme eine Manifestation des Zueignungswillens ist. Auch nach dieser Ansicht stellt nämlich nicht jede Wegnahme eine Zueignung dar. Nimmt der Täter bspw. die Sache zunächst nur in der Absicht weg, sie sich einmal genauer anzusehen und sie anschließend "unversehrt" zurückzubringen und faßt er erst nach vollendeter Wegnahme den Entschluß, den Sachwert seinem Vermögen vor Rückgabe der Sache

1) BT S. 122

2) vgl. z. Bsp. Schönke-Schröder, § 246 Note 11; Schwarz-Dreher, § 246 Anm. 2 A

3) Hälschner drückt das so aus: "Was, wenn die Sache in der Absicht der Zueignung weggenommen ist, zur Vollendung der Zueignung noch weiter gehören und erforderlich sein soll, ist unverständlich." (S. 290 Fußn. 2); jetzt auch Schönke-Schröder, § 242 Note 68

zuzuführen, so fehlt ihm bei der Wegnahme auch nach der Sachwerttheorie die Zueignungsabsicht, und Diebstahl ist nicht gegeben. Hieraus folgt m. E., daß auch nach der Sachwerttheorie die Sache als Objekt der Wegnahme nicht getrennt behandelt werden kann von dem Sachwert, dem Objekt der Zueignung. Die Fragen sind also in folgender Reihenfolge zu stellen: In welcher Absicht geschah die Wegnahme? Ist diese Absicht Zueignungsabsicht? Wenn die zweite Frage unter Zugrundelegung entweder der Substanz- oder der Sachwerttheorie bejaht wird, stellt die Wegnahme eine Manifestation des Zueignungswillens und damit nach der hier vertretenen Ansicht eine Zueignung dar.

Diebstahl und Raub enthalten demzufolge notwendigerweise eine nicht nur geplante, sondern vollendete Zueignung, und zwar in Form der Wegnahme. Folglich ist - wie bei der Hehlerei durch Ansichbringen - mit jedem dieser Delikte auch die Tathandlung der Unterschlagung gegeben¹⁾. Bejaht man in jedem Diebstahl oder Raub eine Zueignung, dann muß man zu dem Verhältnis dieser Delikte zu Unterschlagung immer Stellung nehmen, es sei denn, man schließe den Tatbestand der Unterschlagung aus einem anderen Grunde als dem der fehlenden Zueignung aus. Für die h. M. gilt praktisch nichts anderes, wenn man mit v. A l b e r t i davon ausgeht, daß die Zueignung r e g e l m ä ß i g mit der Wegnahme vollendet sei.

III.) Die Zueignung, die in Form eines anderen Delikts begangen wird, als taugliche Tathandlung des § 246.

1.) BGH: keine zur Unterschlagung geeignete Tathandlung.

Der B G H, der ebenfalls zum Bsp. im Erschwindeln einer Sache mit dem Willen zum eigenen Verbrauch grundsätzlich eine Zueignung anerkennt²⁾, stellt als nächstes die Frage, ob es sich um eine Zueignung im Sinne des § 246 handele. Unter Berufung auf den "Sinnzusammenhang der Tatbestände" kommt er zu

1) Zu welch sonderbaren Konstruktionen die h. M. verführt, zeigt eine Entscheidung des OLG Frankfurt in NJW 1962 S. 1879 ff; zu den übrigen Ausführungen dieses Urteils vgl. die Anm. Kohlhaas das.

2) Abschn. II Nr. 2 letzter Satz der Gründe.

dem Ergebnis, daß die in einem Vermögensdelikt liegende Zueignung nicht geeignet sei, den Tatbestand der Unterschlagung zu erfüllen¹⁾.

2.) Einwendungen gegen die Meinung des BGH

Die praktische Bedeutung der Frage, ob eine Strafbarkeit gemäß § 246 wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit oder aus Gründen der unechten Konkurrenz ausscheidet, kann nicht geleugnet werden. Ein Beispiel kann das verdeutlichen: weiß der Gehilfe zwar, daß der Täter fremde bewegliche Sachen in der Absicht rechtswidriger Zueignung entgegen nimmt, weiß er aber nicht, daß der Täter darüber hinaus noch getäuscht hat, so kann er nur dann wegen Beihilfe zur Unterschlagung bestraft werden, wenn man beim Haupttäter den Tatbestand der Unterschlagung bejaht und diesen nur aus Gründen der Gesetzeskonkurrenz nicht auch aus § 246 bestraft²⁾. Darüber hinaus gewinnt der Streit zum Bsp. praktische Bedeutung für den Fall der Amtsunterschlagung, wenn man - wie der BGH - für deren Tatbestand den gesamten Tatbestand der einfachen Unterschlagung voraussetzt: der Tatbestand der Amtsunterschlagung entfällt dann von vornherein, wenn die Voraussetzungen der einfachen Unterschlagung verneint wurden.

Gegen die Auffassung des BGH, der Tatbestand der Unterschlagung sei nicht erfüllt, wenden sich B a u m a n n³⁾ und S c h r ö d e r⁴⁾. Auch B o c k e l m a n n⁵⁾, der dem BGH zwar im Ergebnis folgt, läßt eine Bestrafung wegen einer tat einheitlich mit Betrug begangenen Amtsunterschlagung nicht am Mangel einer tauglichen Zueignung, sondern aus dem Gesichtspunkt der Subsidiarität, also wegen unechter Idealkonkurrenz, scheitern. Bockelmann bejaht also die Tatbestandsmäßigkeit der

1) Abschn. III Nr. 4 der Gründe.

2) vgl. RGSt 67 S. 70 ff

3) NJW 1961 S. 1141 ff

4) JR 1960 S. 308 Nr. 1

5) JZ 1960 S. 622/623

Unterschlagung und damit das Vorliegen einer tauglichen Zueignung; denn zur Behauptung eines Konkurrenzverhältnisses zwischen Unterschlagung und Vermögensdelikten kann er erst gelangen, wenn er die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung bejaht hat.

Schröder's Ausführungen zu diesem Punkt erscheinen bei isolierter Betrachtung nicht ganz folgerichtig: zunächst wirft er dem BGH vor, die strukturellen Unterschiede zwischen Vermögens- und Aneignungsdelikten zu verwischen, indem er (BGH) in jedem Vermögens- und Eigentumsdelikt eine Zueignung begrifflich eingeschlossen sehe. Diese und die unmittelbar nachfolgenden Ausführungen Schröder's richten sich scheinbar auch gegen die Möglichkeit einer mit einem Vermögensdelikt zusammenfallenden Zueignung und damit gegen die Tatbestandsmäßigkeit einer im Betrug liegenden Unterschlagung. Im folgenden meint Schröder, "daß es sich hier in Wahrheit nicht um ein Tatbestands- sondern um ein Konkurrenzproblem" handle. Zu diesem Schluß dürfte er jedoch nicht gelangen, wenn er vorher die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung bestritten hat. Ein Konkurrenzproblem ergibt sich nämlich erst bei Erfüllung mindestens zweier Tatbestände. Schröder will sich mit diesen Ausführungen jedoch ersichtlich nur gegen den Tatbestandsausschluß der einem Vermögensdelikt nachfolgenden Unterschlagung wenden, wie aus einer Äußerung an anderer Stelle¹⁾ folgt.

Baumann nimmt - wie Bockelmann - ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen Unterschlagung und einem anderen gleichzeitig begangenen Vermögensdelikt an. Er bejaht also die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung und damit mittelbar das Vorliegen einer geeigneten Tathandlung (Zueignung).

Der BGH führt zur Begründung seiner Meinung lediglich an, da die weitaus größte Zahl aller Vermögensdelikte mit Zueignungsabsicht begangen werde, könne es nicht Sinn des Unterschlagungstatbestandes sein, in allen diesen Fällen zusätzlich angewendet zu werden; der Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit ergebe sich

1) Schönke-Schröder, § 263 Note 145

also "unmittelbar aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände". § 240 des Entwurfs 1959 II enthalte diese Regelung ausdrücklich.

3.) Stellungnahme zu der Ansicht des BGH.

a.) Die Ausführungen des BGH sind in verschiedener Hinsicht zu beanstanden, Zunächst ist nicht richtig, daß § 240 a.a.O. den T a t b e s t a n d der Unterschlagung in Fällen ausschließt, in denen die Handlung des Täters ein Vermögens- oder Aneignungsdelikt darstellt. § 240 des Entwurfs 1959 II beschränkt zwar die Strafbarkeit wegen Unterschlagung, jedoch nicht durch Einengung des Tatbestandes. Die Vorschrift enthält in ihrem ersten Teil ("Wer... zueignet") die einzelnen Tatbestandsmerkmale, also den Tatbestand im eigentlichen Sinne; es schließt sich an die Rechtsfolge ("wird bestraft" = Strafdrohung), und nach der Strafdrohung folgt erst als Nachsatz "wenn die Tat nicht als Diebstahl etc. mit Strafe bedroht ist". Aus der Stellung des Nachsatzes ergibt sich m. E. eindeutig, daß § 240 a.a.O. nicht die Tatbestandsmäßigkeit berühren, vielmehr die Strafdrohung auf Fälle beschränken will, die nicht unter eines der aufgezählten Delikte zu subsumieren sind. Hätte der Entwurf die Einschränkung so gefaßt, daß der Tatbestand ausgeschlossen wäre, dann würden sicherlich - auch dem Gesetzgeber unerwünschte - Meinungsverschiedenheiten darüber entstehen, ob der Vorsatz des Täters sich auf die Einschränkung beziehen müsse oder nicht¹⁾. Nach der Auslegung, die der

1) Man könnte dann darüber streiten, ob die Abgrenzung negatives Tatbestandsmerkmal ist und vom Vorsatz erfaßt sein muß; vgl. hierzu den Streit über die geltende Fassung ("die er in Besitz oder Gewahrsam hat"): Vorsatz wird zum Bsp. verlangt von Jagusch in LK § 246 Anm. 6, Schöнке-Schröder, § 246 Note 18, Schwarz-Dreher, § 246 Anm. 5; keinen Vorsatz verlangten: von Olshausen, § 246 Anm. 19, Schwarz (22. Aufl.), § 246 Anm. 5 B; auch nach Welzel braucht sich der Vorsatz nicht auf das Besitz-Gewahrsamsmerkmal zu beziehen, weil es sich nicht um ein Tatbestandsmerkmal, sondern eine Abgrenzungsformel handelt (LB S. 292); aus der zuletzt genannten Auffassung würde zum Bsp. folgen, daß der Täter, der eine vermeintlich im fremden Gewahrsam stehende, in Wirklichkeit aber gewahrsamslose Sache an sich nimmt, den objektiven und subjektiven Tatbestand der Unterschlagung erfüllt; vgl. zu diesem Fall

BGH dem § 240 a.a.O. zuteil werden läßt, ist ein solcher Streit nicht ausgeschlossen. Daß die Auslegung des BGH nicht dem Willen der Verfasser des Entwurfs entspricht, ergibt sich eindeutig aus der Begründung zu § 240 des Entwurfs 1962¹⁾. Hiernach enthält die Unterschlagung (n.F.) einen Tatbestand, der eine Reihe anderer Tatbestände mit umfassen kann; liegt in dem Verhalten, das als Zueignung und damit als Unterschlagung anzusehen ist, zugleich der Tatbestand eines der genannten Delikte, so soll die Unterschlagung diesen gegenüber subsidiär sein. Demgemäß wird der Vorbehalt "wenn die Tat nicht..." als Subsidiaritätsklausel angesehen. Der Gesichtspunkt der Subsidiarität ist ein Problem der (unechten) Konkurrenz; Konkurrenzfragen sind aber - wie schon mehrfach betont - erst zu beantworten, nachdem die Tatbestände mehrerer Delikte bejaht worden sind. Auch nach den Motiven zum Entwurf ist folglich der Tatbestand der Unterschlagung mit den anderen Delikten erfüllt.

b.) Für das geltende Recht glaubt der BGH den Tatbestandsausschluß der Unterschlagung "aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände" entnehmen zu können. Richtig ist, daß bei Vorliegen der Merkmale eines Vermögens- oder Aneignungsdelikt eine zusätzliche Bestrafung wegen Unterschlagung nicht sinnvoll erscheint²⁾. Hiervon sind auch die oben zitierten Entwürfe ausgegangen, und das ist in der Lehre nicht bestritten worden. Soweit jedoch die Tatbestandsmäßigkeit einer zugleich mit einem Vermögensdelikt begangenen Unterschlagung nicht aus Gründen fehlenden Gewahrsams abgelehnt wird, ist der Ausschluß der Strafbarkeit gemäß § 246 durchweg als Konkurrenzproblem behandelt³⁾. Die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung kann nur am

Schönke-Schröder a.a.O., wo Idealkonkurrenz zwischen versuchtem Diebstahl und vollendeter Unterschlagung angenommen wird; vgl. auch Lerch S. 40 ff (47/48).

1) S. 409; § 240 des Entwurfs 1959 II stimmt mit § 240 des Entwurfs 1962 mit Ausnahme der Tatsache, daß E 1962 als weiteres Delikt die Hehlerei nennt, wörtlich überein.

2) Bockelmann JZ 1960 S. 622 r. Sp.

3) vgl. Baumann, Bockelmann, Schröder a.a.O. sowie Schröder in Schönke-Schröder, § 246 Noten 10 und 33 ff., § 259

Fehlen einzelner oder gar aller Tatbestandsmerkmale scheitern; sind sämtliche Tatbestandsmerkmale gegeben, dann scheidet die Vorschrift allenfalls aus Gesichtspunkten der unechten Konkurrenz als Strafgrundlage aus. Dem BGH ist es nicht gelungen, das Vorliegen einer Zueignung eindeutig zu verneinen. Der von ihm verwendete Begriff des "Sinnzusammenhanges der Tatbestände" deutet darauf hin, daß auch er sachlich die Unterschlagung aus Konkurrenzgründen ausgeschlossen hat¹⁾. Denn die Erforschung des Sinnzusammenhanges dient in der Regel der Bestimmung des Verhältnisses der Tatbestände zueinander, das ein Problem der Konkurrenz bildet; so verwendet bspw. Klug²⁾ den Begriff ausdrücklich zur Bestimmung der Gesetzeskonkurrenz in Form der Subsidiarität. Im Einzelfall mag es möglich sein, aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände die Auslegung eines oder mehrerer Tatbestandsmerkmale zu gewinnen; dann kann mit seiner Hilfe die Grenze eines Tatbestandes gezogen werden. Der BGH folgert jedoch aus dem Sinnzusammenhang, daß die Anwendung des gesamten Unterschlagungstatbestandes von vornherein ausgeschlossen sei und stellt zumindest nicht ausdrücklich auf das Nichtvorliegen eines bestimmten Tatbestandsmerkmals ab. Er will eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung bereits nach geltendem Recht aus den gleichen dogmatischen Gründen ausschließen, die auch de lege ferenda dieses Ergebnis herbeiführen³⁾. Im Entwurf 1959 II, den der BGH zitiert, ist jedoch die Strafbarkeit durch eine Subsidiaritätsklausel ausgeschlossen⁴⁾, d. h., die Frage als Konkurrenzproblem behandelt. Die Subsumierbarkeit eines Verhaltens unter den einen oder den anderen Tatbestand betrifft dagegen die Frage der *A b g r e n z u n g* der Tatbestände voneinander; hier handelt es sich um ein Tatbestandsproblem. Demgegenüber ist das Problem des Konkurrenzverhältnisses der Tatbestände zueinander eine *cura posterior*, die sich ergibt, wenn

Note 67; Jagusch in LK, § 246 Anm. 10; Frank, § 259 Anm. VIII; Bockelmann auch in MDR 1953 S. 7 r. Sp. aus der Rspr. vgl. BGHSt 15 S. 53 ff (S. 56); RGSt 56 S. 335; 64 S. 326; 67 S. 70 ff (77) und in DR 1940 S. 792

1) Baumann a.a.O. S. 1143 a.E.

2) ZStr W 68 S. 401

3) vgl. Nr. III 4 am Ende der Gründe

4) vgl. hierzu näher unten

die Abgrenzungsfrage beantwortet, d. h., die Erfüllung mehrerer Tatbestände bejaht worden ist. Schließlich beruft sich der BGH¹⁾ auf die Anhänger der "berichtigenden" Auslegung, die auch Diebstahl und Raub t a t b e s t a n d l i c h von der Unterschlagung abgrenzen²⁾; es sei kein Grund ersichtlich, warum der Tatbestand der Unterschlagung nicht auch in Fällen ausgeschlossen sei, in denen die Zueignung die Form eines Vermögensdeliktes annehme. Dieser Einwand ist nicht gerechtfertigt. Die positiv gefaßte Formel "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" bezeichnet das Gewahrsamsverhältnis des Täters zur Sache. Also mußte j e d e - auch die "berichtigende" - Auslegung am Gewahrsam orientiert sein. Dem trägt die "berichtigende" Auslegung durch Ausgliederung des Gewahrsamsbruchs aus dem Unterschlagungstatbestand Rechnung. Für eine begriffliche Abgrenzung auch gegenüber Vermögensdelikten bietet der Wortlaut des § 246 dagegen keine Grundlage: §§ 253, 259, 263 und 266 enthalten anders als §§ 242, 249 keinerlei Gewahrsamsmomente.

Es lassen sich also keine Gründe für die Auffassung des BGH finden, eine als Tathandlung der Unterschlagung geeignete Zueignung sei dann nicht gegeben, wenn die Handlung zugleich den Tatbestand eines Aneignungs- oder Vermögensdeliktes erfüllt. Vielmehr ist von der bereits oben gewonnenen Erkenntnis auszugehen, daß jedes Aneignungsdelikt und jedes Vermögensverbrechen, das auf die volle Herrschaft über eine fremde bewegliche Sache gerichtet ist, eine Zueignung enthält; mit dieser Zueignung ist die Tathandlung des § 246 als Tatbestandsmerkmal gegeben. Es bleibt zu prüfen, ob zum Begriff der Unterschlagung weitere Merkmale gehören und ob gegebenenfalls auch diese Voraussetzungen erfüllt sind.

IV.) Das Besitz-Gewahrsamsmerkmal als tatbestandsmäßige Voraussetzung des § 246.

Nur die Zueignung von Sachen, die der Täter "in Besitz oder

1) Ziff. III 4 der Gründe

2) vgl. hierzu den folgenden Text

Gewahrsam hat", soll Unterschlagung im Sinne des § 246 sein. An dieser Stelle ist näher auf die Bedeutung dieses Nebensatzes einzugehen, da es in vielen Fällen unseres Problemkreises zweifelhaft erscheint, ob seine Voraussetzung erfüllt ist. Wie bereits in anderem Zusammenhang erwähnt, wird die Zueignung bei den Aneignungsdelikten in der Wegnahme der Sache, bei den Vermögensdelikten regelmäßig in der Entgegennahme mit entsprechender Willensrichtung gesehen. Die Gestaltung der Zueignungshandlung und damit deren zeitliche Fixierung soll nunmehr bei den einzelnen Vermögensdelikten genau untersucht werden.

Bei Diebstahl und Raub liegt die Zueignung nach der oben wiedergegebenen - nicht herrschenden - Meinung stets in der Wegnahme. Sie ist also mit der Begründung neuen Gewahrsams - in diesem Fall: des Täters - vollendet¹⁾. Bei Betrug und Erpressung wurde die Zueignungshandlung regelmäßig²⁾ in der Entgegennahme der Sache gesehen, die eine Einheit mit der Vermögensverfügung des Opfers darstellt, durch die dem Täter Gewahrsam übertragen werden soll. Die Zueignung ist demnach auch in diesen Fällen erst mit der Erlangung des Gewahrsams durch den Täter vollendet³⁾. Dasselbe gilt für die Zueignung in Form der Hehlerei ("an sich bringen"). Unproblematisch sind hier Fälle, in denen der Täter bereits Gewahrsam an der Sache hatte⁴⁾. Dagegen wird der Täter den Gewahrsam regelmäßig im Zuge des Ansichbringens erlangen; damit ist die Problematik die gleiche wie bei den bisher behandelten Delikten. Schließlich kommt es auch bei der Zueignung im Rahmen einer Untreue vor, daß der Täter den Gewahrsam an der Sache, auf die sich die Untreue bezieht, erst durch die ungetreue Handlung, d. h., mit der Zueignung, erlangt; oft wird der Täter allerdings in diesen Fällen auf Grund des besonderen Treueverhältnisses die

1) Jagusch in LK, § 242 Anm. III 2; Welzel S. 296; Binding I S. 268; Hälschner S. 290;

2) Ausnahme zum Bsp.: Veräußerung einer gefundenen Sache an einen Gutgläubigen.

3) Binding a.a.O. (a.E.)

4) so der Sachverhalt in RGSt 56 S. 355 ff; 64 S. 326 ff

Sache in Gewahrsam haben, noch ehe er sie sich zueignet, so daß insoweit dem § 246 - auch seinem Wortlaut - genügt wird. In den anderen Fällen, in denen eine mit einem Vermögens- oder Aneignungsdelikt zusammenfallende Zueignung bejaht wurde, ist als Ergebnis festzuhalten, daß die Gewahrsamserlangung nicht der Zueignung vorausgeht, daß vielmehr die Zueignung zugleich mit der Gewahrsamserlangung erfolgt.

1.) Die "enge" Auslegung.

Der Wortlaut des Gesetzes (Sache, "die er in Besitz oder Gewahrsam hat") legt die Auffassung nahe, die Gewahrsamserlangung müsse der Zueignungshandlung vorausgehen¹⁾; Fälle, in denen der Täter keinen Gewahrsam an der zugeeigneten Sache hat oder in denen die Gewahrsamserlangung mit der Zueignungshandlung zusammenfällt, sind nach dieser Auffassung keine tatbestandsmäßige Unterschlagung. Für die Anhänger dieser Meinung besteht das Problem einer Unterschlagung in Tateinheit mit Vermögensdelikten nur in den seltenen Fällen, in denen der Täter bereits Gewahrsam an der Sache hat, auf die sich das Vermögensdelikt bezieht. Die Aneignungsdelikte Raub und Diebstahl fallen dann gänzlich aus diesem Problemkreis, weil sie gerade voraussetzen, daß der Täter keinen Gewahrsam innehat.

2.) Die "weite" und "berichtigende" Auslegung.

Wegen entstehender Strafbarkeitslücken²⁾ - vor allem bei der Fundunterschlagung und der Leichenfledderei - ist ein Teil der Lehre und Rechtsprechung dazu übergegangen, den Wortlaut des § 246 dahin zu interpretieren, die Zueignung könne mit der Gewahrsamserlangung geschehen. Eine dritte Meinung definiert die Unterschlagung als Zueignung ohne Gewahrsamsbruch, mißt also dem Gewahrsam keinerlei positive Bedeutung bei³⁾.

1) vgl. zum Bsp. Niethammer S. 251; v. Liszt-Schmidt S. 639

2) Maurach BT S. 216 (bb, aaa, bbb)

3) von Post a.a.O. S. 2 Anm. 4 wird nur diese Auffassung als "berichtigende" Auslegung bezeichnet; ich schließe mich

Eine Darstellung des Meinungsstreites mit dem Für und Wider der einzelnen Auffassungen oder gar eine Stellungnahme hierzu würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen¹⁾. Vielmehr sollen lediglich die Folgerungen gezogen werden, die sich bei enger, weiter oder "berichtigender" Auslegung für das Verhältnis von Unterschlagung zu einem gleichzeitig mit ihr begangenen Vermögens- oder Aneignungsdelikt ergeben.

Die Folge der engen Auffassung wurde bereits oben aufgezeigt: Regelmäßiger Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung.

3.) Das Verhältnis der Unterschlagung zu Diebstahl und Raub.

Würden die Vertreter der "berichtigenden" Auslegung die Unterschlagung lediglich als Zueignung einer fremden beweglichen Sache definieren, wie dies im § 240 des Entwurfs 1962 geschieht, dann wäre mit jedem Raub oder Diebstahl der Tatbestand des § 246 erfüllt und die Frage nach dem Verhältnis der beiden Tatbestände zueinander immer zu beantworten, da jede diebische Wegnahme eine Zueignung darstellt. Die Antwort fiel allerdings nicht schwer, da der Unterschlagungstatbestand logisch notwendig in den Tatbeständen der beiden anderen Delikte mit enthalten und daher unechte Idealkonkurrenz in Form der Spezialität gegeben wäre.

dieser Begriffsbestimmung an und nenne die zweite Meinung "weite" im Gegensatz zur "engen" (ersten) Auslegung.

- 1) Hier soll nur vermerkt werden, daß die moderne Literatur mit wenigen Ausnahmen (Bockelmann, Kohlrausch-Lange) der weiten oder der "berichtigenden" Auslegung folgt; siehe auch schon Binding I S. 275, Gerland S. 605, v. Hippel LB S. 249, Roterberg S. 244 ff; das RG neigte in neueren Entscheidungen zumindest zur weiten Auslegung; vgl. RGSt 67 S. 70 ff (77); RG in JW 1934 S. 486 f (487) mit ablehnender Anmerkung von H. Mayer; vgl. aber früher RGSt 42 S. 420 ff (421/422); RG in GA 59 S. 327 f (328 a.E. der Entscheidung). Die Rechtsprechung des BGH ist nicht einheitlich; vgl. BGHSt 2 S. 317 ff sowie in NJW 1953 S. 33=LM Nr. 3 zu § 350 einerseits und BGH LM Nr. 3 zu § 246, BGHSt 4 S. 76 ff (77) sowie BGHSt 15 S. 53 ff (56) andererseits.

Das Problem wird eingehend behandelt von: Bockelmann in MDR 1953 S. 3 ff und Post in der angegebenen Abhandlung.

Demgegenüber definieren die Anhänger der "berichtigenden" Auslegung die Unterschlagung als Zueignung einer Sache ohne Gewahrsamsbruch¹⁾. Sie legen also dem Gewahrsamsmerkmal nicht etwa positive Bedeutung bei, sondern machen nur negativ zur tatbestandlichen Voraussetzung der Unterschlagung, daß die Zueignung nicht durch Wegnahme erfolge. Demnach ist der T a t - b e s t a n d der Unterschlagung ausgeschlossen, wenn der Täter fremden Gewahrsam - und sei es auch nur gleich- oder übergeordneter Mitgewahrsam - bricht. Damit ist das Problem der Konkurrenz ausgeschaltet und als Abgrenzungsfrage in das Gebiet der Tatbestandsmäßigkeit vorverlegt. Da immer nur Diebstahl (Raub) o d e r Unterschlagung gegeben ist, niemals aber beide Tatbestände gleichzeitig erfüllt sein können, darf die Frage nach der Art der Konkurrenz dieser Delikte niemals gestellt werden. Ist der Tatbestand des einen Delikts erfüllt, dann ist der Tatbestand des anderen logisch ausgeschlossen. Dieses Verhältnis als Alternativität zu bezeichnen, wäre nur angebracht, wenn dieser Begriff sich nicht bereits als eine der Formen der "Gesetzeskonkurrenz" eingebürgert hätte und als solcher verwandt wird²⁾; das würde zu leicht dazu verführen, das Verhältnis zwischen Unterschlagung und Diebstahl als ein Problem der ("Gesetzes-") Konkurrenz anzusehen, was gerade vermieden werden soll. Der gegenseitige Ausschluß der Tatbestände von Unterschlagung und Diebstahl beruht allerdings nicht, wie M a u r a c h³⁾ meint, auf der Verschiedenheit der Tathandlungen der beiden Delikte. Wegnahme und Zueignung schließen sich nämlich nicht gegenseitig aus; vielmehr umfaßt der Begriff der Zueignung die Wegnahme, die nur ein spezieller

1) Jagusch in LK, § 246 Anm. 1; Schönke-Schröder, § 246 Note 1; Schwarz-Dreher, § 246 Anm. 1 B a; Binding I S. 275, 277: "Aneignung nicht durch Diebsgriff erlangter Sachen"; hieraus könnte man schließen, die Erlangung der Sache müsse nach Binding der Zueignung vorausgehen; daß Binding den Satz nicht so verstanden wissen wollte, ergibt sich aus dem auf S. 277 Nr. 2 b (alpha) Gesagten eindeutig; vgl. weiter: Maurach BT S. 213; Mezger BT S. 126; Welzel S. 291

2) vgl. Jagusch in LK, § 73 Vorbem. C 3 mit weiteren Nachweisen; zu den dort angeführten Autoren, die den Begriff ganz ablehnen, kommen noch hinzu: Klug ZStrW 68 S. 414; Mezger AT S. 258

3) AT S. 590

Fall der Zueignung ist. Der gegenseitige Ausschluß ergibt sich erst aus der negativen Abgrenzungsformel, die eine ganz spezielle Art der Zueignung dem Unterschlagungstatbestand entzieht und damit ein Verhältnis der Exklusivität zwischen Unterschlagung und Diebstahl (oder Raub) schafft. Das will offensichtlich auch D o e r r¹⁾ sagen, wenn er ausführt, Unterschlagung und Diebstahl seien "so verschiedene Tatbestände", daß sie niemals gleichzeitig auf dieselbe Handlung auch nur scheinbar zutreffen könnten²⁾. Diese Formulierung ist jedoch ungenau, da sie nicht sagt, w i e verschieden Tatbestände sein müssen, wenn sie einander ausschließen sollen; die bloße Verschiedenheit von Tatbeständen genügt jedenfalls nicht, denn sonst wäre nur gleichartige Idealkonkurrenz denkbar.

Wesentlich präziser gibt W e l z e l³⁾ den Grund für die Exklusivität der Tatbestände an: Diebstahl sei nicht bloßer Spezialfall der Unterschlagung, er sei aus der Unterschlagung a u s g e g l i e d e r t. Obwohl Welzel den § 246 gegenüber § 242 als Grundtatbestand ansieht, zieht er daraus nicht die naheliegende Konsequenz, zwischen § 242 und 246 bestehe das Verhältnis der Spezialität, sondern weist mit Recht auf den gegenseitigen t a t b e s t a n d s m ä ß i g e n Ausschluß der Delikte hin, der von vornherein keinerlei Konkurrenzprobleme aufkommen läßt. Daher trifft die Erwägung B o c k e l m a n n 's⁴⁾, Diebstahl und Raub ließen sich als *leges speciales* zur Unterschlagung auffassen, wenn man die Unterschlagung als Grundform der Aneignungsdelikte ansehe, für das geltende Recht nicht zu. Dasselbe gilt von der Auffassung B e r n e r 's⁵⁾, wonach in jedem Diebstahl und Raub eine Unterschlagung steckt. Spezialität der §§ 242, 249 würde voraussetzen, daß § 246 in ihnen logisch notwendig mitenthalten wäre; gerade

1) S. 124

2) ebenso VE Begründung S. 373 Anm. 4 (a.E.)

3) JZ 1952 S. 618

4) JZ 1960 S. 622 r. Sp.

5) S. 568

das Gegenteil ist der Fall: der Tatbestand des § 246 ist dann ausgeschlossen, wenn §§ 242, 249 erfüllt sind¹⁾. Aus denselben Gründen ist die Meinung Bockelmann's die auch vom BGH geäußert wurde²⁾, abzulehnen, wonach § 240 des Entwurfs den Unterschlagungstatbestand so erweitere, wie er heute bereits durch die Anhänger der "berichtigenden" Auslegung gehandhabt werde. § 240 des Entwurfs ist gegenüber § 246 StGB auch dann wesentlich erweitert, wenn man § 246 "berichtigend" auslegt. Die sogenannte berichtigende Auslegung setzt sich über den Wortlaut des § 246 nämlich nur insoweit hinweg, als sie dem Gewahrsamsmerkmal keine positive Bedeutung beimißt. Die "Berichtigung" geht aber nicht so weit, daß der Wortlaut völlig beiseite geschoben und die Unterschlagung als Zueignung einer fremden beweglichen Sache definiert würde, wie es in § 240 des Entwurfs geschehen ist. Die "berichtigende" Auslegung wandelt die positive Formel "die er in Besitz oder in Gewahrsam hat" in den negativen Zusatz "ohne Gewahrsamsbruch" um.

V.) Das Verhältnis der Unterschlagung zu den mit ihr zusammenfallenden Vermögensdelikten.

Die eigentliche Problematik liegt demnach bei den Vermögensdelikten. Diese Delikte sind nämlich - wie bereits oben dargelegt - nicht gegenüber der Unterschlagung begrifflich abgegrenzt, so daß eigentlich alle Vertreter der weiten oder "berichtigenden" Auslegung das Verhältnis der Unterschlagung zu den Vermögensdelikten als Konkurrenzverhältnis auffassen und hierzu Stellung nehmen müßten.

Bei der einfachen Unterschlagung hat es regelmäßig keine praktische Auswirkung, ob wegen des Vermögensdeliktes in Tateinheit mit Unterschlagung bestraft wird oder die Unterschla-

1) Berner ging zwar richtig davon aus, daß das Gewahrsamsmerkmal des § 246 ein negatives Erfordernis darstellt, zog aber aus dieser Erkenntnis nicht die Konsequenz, daß die Unterschlagung im Falle der Wegnahme begrifflich ausgeschlossen ist.

2) Im angegebenen Beschluß vom 7. Dezember 1959, III 4 der Gründe.

gung aus Gründen der "Gesetzeskonkurrenz" ausscheidet, denn auch im ersten Falle würde nach § 73 die Strafe ohnehin aus dem konkurrierenden Vermögensdelikt mit schwerer Strafdrohung entnommen. Dagegen droht § 350 (Mindeststrafe: Gefängnis nicht unter drei Monaten) gegenüber den Vermögensdelikten mit Ausnahme der Untreue die schwerere Strafe an, so daß es durchaus nicht belanglos ist, ob § 350 wegen unechter Idealkonkurrenz als Strafgrundlage ausscheidet oder gemäß § 73 herangezogen werden kann.

Es wurde schon mehrfach dargelegt, daß ein Ausschluß der Strafbarkeit aus § 246 trotz Erfüllung sämtlicher Tatbestandsmerkmale entgegen der Ansicht des BGH¹⁾ nur auf dem Wege der unechten Idealkonkurrenz erfolgen kann. Der Widerspruch zu der Auffassung des BGH ließe sich nur dann beseitigen, wenn man die unechte Idealkonkurrenz mit der Wirkung ausstatten wollte, den gesamten Tatbestand eines Gesetzes anstatt nur dessen Strafdrohung auszuschließen. Das wäre dogmatisch vielleicht nicht undenkbar²⁾; eine so revolutionisierende Auffassung hat der BGH jedoch offensichtlich nicht äußern wollen, denn er hat mit keinem Wort angedeutet, daß er die Berechtigung der Konstruktion der sog. Gesetzeskonkurrenz leugne, indem er Fälle der bisher sogenannten Gesetzeskonkurrenz nunmehr unter dem Gesichtspunkt des Tatbestandsausschlusses behandeln wolle. Demnach ist zu prüfen, ob die im vorhergehenden festgestellte mögliche Handlungseinheit zwischen Unterschlagung und Vermögensdelikten echte oder unechte Idealkonkurrenz (= "Gesetzeskonkurrenz") ist.

1.) Allgemeine Voraussetzungen unechter Idealkonkurrenz.

Unechte Idealkonkurrenz hat folgende Voraussetzungen: eine Tat erfüllt zwar formell die Tatbestände mehrerer Gesetze,

1) im angelegenen Beschluß des Großen Strafsenates

2) vgl. Maurach BT S. 593, der umgekehrt den Ausschluß lediglich der Strafdrohung für dogmatisch bedenklich hält und damit die Möglichkeit des völligen Tatbestandsausschlusses indirekt bejaht.

einer dieser Tatbestände schöpft jedoch bereits den Unrechtsgehalt der Tat aus; dieser eine Tatbestand verdrängt alle übrigen¹⁾.

a.) Schon nach diesem Grundsatz scheidet von vornherein folgender - bereits oben geschilderter²⁾ - Fall aus dem Anwendungsbereich der unechten Idealkonkurrenz aus, weil Unterschlagung und Betrug gegen verschiedene Rechtsgutsträger gerichtet sind und daher die Bestrafung wegen nur eines der beiden Delikte den Unrechtsgehalt der Tat nicht ausschöpfen würde: der Gewahrsamsinhaber eignet sich die Sache zu, indem er sie an einen gutgläubigen Dritten veräußert. Geht man einmal davon aus, daß dem Erwerber trotz Wirksamkeit des Eigentumsübergangs ein Schaden entstanden sei³⁾, so liegt in der Veräußerung ein Betrug gegenüber dem Erwerber. Zugleich stellt aber die Veräußerung eine Zueignung und damit - weil die sonstigen Voraussetzungen des § 246 ohne Zweifel gegeben sind - eine Unterschlagung dar; diese richtet sich gegen denjenigen, der im Zeitpunkt der Zueignungshandlung Eigentümer der Sache war.

Unterschlägt ein Finder die verlorene Sache durch Veräußerung an einen Gutgläubigen, so verbleibt das Eigentum trotz guten Glaubens des "Erwerbers" beim ursprünglichen Eigentümer, so daß Unterschlagung und Betrug eindeutig gegen verschiedene Personen gerichtet sind. Das RG⁴⁾ hat denn auch in diesem Fall echte Idealkonkurrenz angenommen. Nicht so eindeutig ist die Rechtslage, wenn es sich nicht um eine gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sache handelt, weil dann das Eigentum auf den gutgläubigen Erwerber übergeht und nicht

1) so oder sinngemäß: Jagusch in LK Vorbem. C zu § 73; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 Note 57 ff; Baumann AT S. 506; v. Liszt-Schmidt S. 343; Maurach AT S. 588; Welzel S. 205

2) vgl. oben unter I S. 7/8/9

3) Ein Schaden entsteht auch, wenn der Täter die Sache gefunden hatte oder die Sache sonst abhanden gekommen war; vgl. unten.

4) "Recht" 1919 Nr. 1890

von vornherein feststeht, wer im Zeitpunkt der Zueignungshandlung Eigentümer der Sache ist.

Wenn oben gesagt wurde, die Zueignung liege in der Veräußerung, so ist damit deren Zeitpunkt nicht mit ausreichender Genauigkeit fixiert. Die Veräußerung besteht aus dem Verpflichtungsvertrag (Kauf) und dem Leistungsvollzugsgeschäft (hier: §§ 929, 932 BGB). Zu beiden ist je eine Willenserklärung des Veräußerers erforderlich. Wird die Erklärung, die zum Kaufvertrag erforderlich ist, nicht gleichzeitig mit, sondern vor der Übereignungserklärung abgegeben, so liegt bereits hierin eine Zueignungshandlung¹⁾. Im Zeitpunkt dieser Erklärung ist das Eigentum ganz sicher noch nicht auf den Erwerber übergegangen. In der Praxis werden aber die Erklärungen regelmäßig gleichzeitig abgegeben. Stellt in diesem Fall der Täter die Anträge auf Abschluß der Verträge, dann bedarf es zum Eigentumsübergang der Annahme dieser Anträge; bis zu diesem Zeitpunkt ist das Eigentum beim ursprünglichen Eigentümer verblieben; die in den Anträgen liegende Zueignung verletzt also noch das Eigentum des ursprünglichen Eigentümers. In diesen Fällen treffen demzufolge Unterschlagung und Betrug jeweils verschiedene Rechtsgutsträger: die Unterschlagung den ursprünglichen Eigentümer der Sache, der Betrug das Vermögen des Getäuschten. Durch die Bestrafung allein wegen Betrugs wäre der Angriff auf das Eigentum nicht zur Sühne gebracht, m. a. W. der Unrechtsgehalt der Tat nicht ausgeschöpft. Damit entfällt aber die Grundvoraussetzung für jede Art unechter Idealkonkurrenz.

Schwierig wird die Frage, wenn die Anträge auf Abschluß eines Kaufvertrages und auf Übereignung gemäß § 929 ff BGB vom Erwerber ausgehen und der Täter die Annahme konkludent durch Übergabe der Sache erklärt: die Übergabe stellt die Zueignungshandlung dar, bewirkt aber (zusammen mit der darin enthaltenen Annahmeerklärung) auch den Übergang des Eigentums auf den Erwerber. Eine in diesem Punkt ähnliche Situation entsteht im folgenden Fall: ein bevollmächtigter Vertreter be-

1) vgl. Jagusch in LK Bem. D V 2 c vor § 242

wirkt mittels Täuschung die nicht geschuldete Übereignung einer Sache an seinen Geschäftsherrn (den Vertretenen) durch Übergabe der Sache an sich selbst; er hat aber von vornher- ein die Absicht, die Sache für sich zu behalten¹⁾. Da der Getäuschte die Übereignung nicht schuldete, durch die Leistung also nicht von einer Verbindlichkeit befreit wurde, hat er einen Vermögensschaden erlitten. Der im Verhalten des Täters demzufolge liegende Betrug richtet sich gegen das Vermögen des Getäuschten. In der Entgegennahme der Sache liegt die nach § 246 erforderliche Zueignungshandlung; mit der Übergabe, deren Vollendung die Entgegennahme darstellt, geht auch das Eigentum über. Folglich ist auch hier zweifelhaft, wer im Augenblick der Zueignung Eigentümer der Sache ist, gegen wen sich also die Unterschlagung richtet. Ein Unterschied gegenüber dem zuvor erörterten Fall besteht insofern, als hier die Zueignung in der Begründung, dort in der Aufgabe eigenen Besitzes liegt.

Im ersten Fall (Veräußerung an Gutgläubigen) richtet sich die Zueignung noch gegen den ursprünglichen Eigentümer, weil die nach § 929 BGB erforderliche Übergabe mit der Weggabe allein nicht vorliegt, das Eigentum also noch nicht übergegangen ist, hierzu vielmehr die Entgegennahme seitens des Erwerbers kommen muß²⁾. Demnach richten sich Unterschlagung und Betrug gegen verschiedene Personen; ein Ausscheiden der Unterschlagung nach den Grundsätzen unechter Idealkonkurrenz ist nicht möglich, so daß wegen Betrugs in Idealkonkurrenz mit Unterschlagung zu bestrafen ist³⁾.

1) Da es sich um einen mit Vollmacht versehenen Vertreter handelt, geht das Eigentum gemäß §§ 929, 164, 116 BGB trotz des (geheimen) Vorbehaltes auf den Geschäftsherrn über; dem wäre nicht so, wenn der Täter keine Vertretungsmacht gehabt hätte (falsus procurator), wie dies in der Entscheidung des Großen Strafsenats vom 7. Dezember 1959 der Fall war. Vgl. die aus diesem Grunde berechtigte Kritik Bockelmann's. (in JZ 1960 S. 623 Anm. 11) und Schröder's (in JR 1960 S. 308 r. Sp.) an der Meinung des BGH, das Eigentum sei auf die Vertretene übergegangen.

2) Auch Eckstein (GA 59 S. 424) vertrat die Meinung, die Zueignung gehe der Veräußerung immer voraus; zu den Ergebnissen Eckstein's vgl. unten III. Teil.

3) vgl. OLG Stuttgart in NJW 1962 S. 65 f, das zwar nach der

Eine andere Lösung wäre rechtspolitisch nicht annehmbar; sieht man nämlich den Tatbestand eines Betrugs nicht als erfüllt an, weil dem Erwerber kein Schaden entsteht¹⁾ oder weil der Täter irrig davon ausging, es entstehe kein Schaden (fehlender Vorsatz), dann wäre eine Bestrafung dieses strafwürdigen Verhaltens nicht möglich; denn wenn man eine Unterschlagung gegenüber dem ursprünglichen Eigentümer verneint, weil er im Zeitpunkt der Zueignung nicht mehr Eigentümer sei, dann kommt eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung überhaupt nicht in Betracht, da der Täter die Sache dem Erwerber (neuer Eigentümer) gerade verschafft und nicht entzieht. Anders ist es im zweiten Fall, in dem der Täter als Vertreter betrügerisch die Zueignung der Sache auf seinen Geschäftsherrn durch Übergabe an sich selbst bewirkt: hier wäre eine Unterschlagung auch gegenüber dem neuen Eigentümer möglich, da der Täter die Sache unter Ausschluß des Eigentümers (Geschäftsherrn) für sich behalten will. Es bleibt also die Frage, wer im Zeitpunkt der Zueignung (d. h. der Entgegennahme) Eigentümer ist. Ist es der durch die Täuschung Geschädigte, dann richtet sich Betrug wie Unterschlagung gegen diesen; ist es aber der Geschäftsherr, dann besteht diese Identität nicht: der Betrug schädigt das Vermögen des Getäuschten, die Unterschlagung verletzt das Eigentum des Geschäftsherrn. Man wird auch hier sagen müssen, daß die Unterschlagung noch den ursprünglichen Eigentümer trifft, mit der Folge, daß Betrug und Unterschlagung gegen dieselbe Person gerichtet sind, so daß insoweit der Annahme einer unechten Idealkonkurrenz nichts im Wege steht²⁾.

gegebenen Sachlage nur wegen Unterschlagungs- und Betrugsversuchs bestraft, damit aber mittelbar die Möglichkeit echter Idealkonkurrenz zwischen vollendetem Betrug und vollendeter Unterschlagung bejaht.

Wie hier auch von Olshausen, § 263 Anm. 56 i II (vor k)

- 1) Anders die Rechtsprechung; vgl. hierzu unten III. Teil.
- 2) Ohne Schwierigkeiten kommt man in jedem Fall zu dem Ergebnis, daß die Unterschlagung vor dem Eigentumsübergang liegt, wenn man für den "Schlußzeitpunkt" der Zueignung nicht die Manifestation, sondern den ihr vorangehenden Willensakt entscheidend sein läßt. Dieser liegt nämlich immer vor der Veräußerungshandlung und damit vor dem Eigentumsübergang (vgl. Maurach in JZ 1960 S. 291).

b.) Unechte Idealkonkurrenz in Form der Spezialität läge vor, wenn die betreffenden Vermögensdelikte logisch notwendig eine Unterschlagung enthielten. Diese Voraussetzung ist jedoch nicht gegeben. Erpressung, Betrug, Hehlerei und Untreue können auch andere Gegenstände als fremde bewegliche Sachen als Tatobjekt¹⁾ haben. Außerdem muß auch ein Vermögensdelikt, das dem Täter eine fremde bewegliche Sache erbringen soll, nicht notwendig eine Zueignung dieser Sache enthalten, nämlich dann nicht, wenn es dem Täter nicht um die volle Sachherrschaft (quasi-Eigentum), sondern nur um den Besitz der Sache ohne endgültige Ausschließung des Eigentümers geht; in diesen Fällen fehlt dem Täter die der Zueignung wesentliche Willensrichtung. Spezialität zwischen Unterschlagung und Vermögensdelikten scheidet aus; Tatobjekt und Tathandlung der Unterschlagung sind nicht logisch notwendig in Tatobjekt und Tathandlung der Vermögensdelikte enthalten.

2.) Die Voraussetzungen der Subsidiarität.

Nach dem Entwurf 1962 soll nur dann wegen Unterschlagung bestraft werden, "wenn die Tat nicht als Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei mit Strafe bedroht ist"²⁾. Der Entwurf löst also das Problem durch Einführung einer sogenannten Subsidiaritätsklausel; zwischen Unterschlagung und den genannten Delikten soll das Verhältnis der Subsidiarität bestehen. Die Annahme eines Subsidiaritätsverhältnisses zwischen Unterschlagung und den Vermögensdelikten im geltenden Recht ist nicht deswegen ausgeschlossen, weil das Gesetz keine ausdrückliche Klausel enthält. Neben der formellen³⁾ (weil vom Gesetz ausdrücklich befohlenen) gibt es nämlich auch die stillschweigende Subsidiarität. Die Strafdrohung eines Gesetzes tritt dann hinter der Strafdrohung eines anderen Ge-

1) zum Bsp. Forderungen oder Grundstücke; das gilt auch für Hehlerei, bei der es sich zwar um eine *S a c h e* handeln muß; diese braucht aber keineswegs fremd oder beweglich zu sein, vgl. statt vieler Schönke-Schröder, § 259 Note 7.

2) § 240 des Entwurfs

3) Baumann S. 501; Maurach AT S. 591

setzes zurück, wenn das (erste) Gesetz nur als Auffangtatbestand also hilfsweise gelten will¹⁾. Wann das der Fall sein soll, ist dem Sinnzusammenhang der Tatbestände zu entnehmen²⁾.

Nach der "berichtigenden" Auslegung erfaßt die Unterschlagung alle Fälle rechtswidriger Zueignung fremder beweglicher Sachen außer der Wegnahme. Dadurch wird ihr Anwendungsbereich stark erweitert. Der Zweck der "berichtigenden" Auslegung besteht darin, Strafbarkeitslücken, die bei enger Auslegung entstehen, zu schließen. Die Erweiterung hat aber auch zur Folge, daß die Unterschlagung Gebiete ergreift, die nach der engen Auffassung schon tatbestandsmäßig nur den Vermögensdelikten vorbehalten sind. Diese Folge war nicht beabsichtigt. Erfüllt nämlich die Zueignung einer fremden beweglichen Sache die Voraussetzungen eines Vermögensdeliktes, so ist kein Grund ersichtlich, auch noch eine Strafe wegen Unterschlagung anzu-drohen³⁾. Dies umso weniger, als die Vermögensdelikte, wie ihr Name sagt, das Vermögen, Unterschlagung das Eigentum an beweglichen Sachen schützen; das Eigentum wird aber von dem Begriff des Vermögens mit umfaßt, es stellt ein Einzelstück des Vermögens dar. Das geschützte Rechtsgut ist also bei der Unterschlagung das gleiche wie bei den Vermögensdelikten. Der Identität des Rechtsgutes kommt zwar bei der Frage, ob ein Gesetz neben einem anderen angewendet wird, nicht in jedem Einzelfall entscheidende Bedeutung zu⁴⁾. Bezwecken aber mehrere Tatbestände den Schutz des gleichen Rechtsgutes, dann be-

1) Jagusch in LK Vorbem. C 2 zu § 73; Schönke-Schröder, Vorbem. § 73 Note 59 f; Baumann a.a.O. (subsidiäres Gesetz sei "Lückenschließer"); Maurach a.a.O.

2) Klug a.a.O. S. 401; vgl. auch Binding AT S. 142 und Schönke-Schröder a.a.O. Note 57 ("aus dem Verhältnis der Vorschriften zueinander"); Baumann a.a.O. ("aus dem Sinn und Zweck der scheinbar konkurrierenden Normen"); Maurach a.a.O. meint das gleiche, wenn er von der Ermittlung der Subsidiarität "durch teleologische Auslegung" spricht.

3) Ausnahme natürlich: die bereits ausgeklammerten Fälle, in denen verschiedene Rechtsgutsträger verletzt sind.

4) Maurach AT S. 589

steht immerhin "eine gewisse Vermutung"¹⁾ dafür, daß nur aus einem dieser Gesetze bestraft werden soll. Diese Vermutung ist im Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu Vermögensdelikten durch nichts widerlegt. Wegen der Erweiterung ihres Tatbestandes durch die weite und "berichtigende" Auslegung hat die Unterschlagung - ähnlich wie im kommenden Recht - den Charakter eines Auffangtatbestandes erhalten, aus dem nur bestraft werden soll, wenn nicht der Tatbestand eines Vermögensdeliktes erfüllt ist.

3.) Die einzelnen Tatbestände.

Vergleicht man dieses grundsätzliche Ergebnis im Hinblick auf die einzelnen Tatbestände mit der Stellungnahme der Lehre und Rechtsprechung, soweit eine solche überhaupt stattgefunden hat, so ergibt sich kein einheitliches Bild.

a.) Die Rechtsprechung hat sich kaum veranlaßt gesehen, zu der Frage des Verhältnisses der einfachen Unterschlagung zu Sachbetrug oder Sacherpressung Stellung zu nehmen, da sie die Unterschlagung wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit²⁾ verneinte, obwohl sie teilweise der weiten Auslegung folgt. Eine Ausnahme macht die Entscheidung des RG im 67. Band³⁾; das Gericht bejahte zunächst, daß die Angeklagte sich die Sache "bei ihrer von vornherein bestehenden Absicht, sie rechtswidrig für sich zu verwerten, unmittelbar mit der Erlangung zugeeignet" habe. Dieses Tun begründe an sich den Tatbestand der Unterschlagung und sei nur deshalb als solche nicht zu bestrafen, "weil wegen der Art der Erlangung die besondere Bestrafung wegen Betrugs einzutreten hat". Betrug in echter Idealkonkurrenz hat das RG nur mit Amtsunterschlagung bejaht⁴⁾.

1) ders. a.a.O.

2) RGSt 22 S. 306 ff (308); RG "Recht" 1926 S. 296 (Nr. 976)

3) S. 70 ff (77)

4) RGSt 52 S. 153 ff (166); JW 1938 S. 1881; DR 1940 S. 792

B a u m a n n¹⁾ und B o c k e l m a n n²⁾ geneigen von der Subsidiarität der Unterschlagung gegenüber Betrug aus. Baumann vertritt allerdings die Ansicht, die Annahme einer Subsidiarität sei dann nicht gerechtfertigt, wenn eine Amtsunterschlagung in Frage komme.

b.) Bei der Hehlerei spielt die Abgrenzungsfrage eine Rolle, ob Hehlerei oder Beteiligung an der Unterschlagung des Vortäters gegeben ist, wenn die Zueignungshandlung des "Vortäters" mit dem Ansichbringen durch den "Hehler" zusammenfällt³⁾.

Das ehemalige RG hat in st. Rspr. die Tatbestandsmäßigkeit der Hehlerei verneint und den Abnehmer wegen Beihilfe zur Unterschlagung bestraft⁴⁾. Diese Meinung ist bis heute in der Lehre herrschend⁵⁾. Sie wird mit dem Wortlaut des § 259 begründet, wonach die Sache mittels einer strafbaren Handlung "erlangt", die Vortat also rechtlich abgeschlossen sein müsse, bevor die Hehlerei begangen werde. Neuerdings wird jedoch in Lehre⁶⁾ und Rechtsprechung⁷⁾ die Ansicht vertreten, der "Abnehmer" sei auch in diesen Fällen wegen Hehlerei zu bestrafen. Das Urteil des B G H vom 8. Mai 1959⁸⁾ wird von

1) NJW 1961 S. 1143

2) MDR 1953 S. 3 ff (7) und JZ 1960 S. 622

3) Beispiel: jemand begeht eine Unterschlagung, indem er eine fremde bewegliche Sache an einen Bösgläubigen veräußert.

4) vgl. die frühe Entsch. RGSt 2 S. 69 f; so noch in "Recht" 1919 Nr. 1890, HRR 1939 Nr. 595

5) vgl. Frank, § 246 Anm. VII (der allerdings, anscheinend so weit ging, Unterschlagung als Vortat i.S. des § 259 in jedem Fall abzulehnen); Kohlrausch-Lange, § 259 Anm. III b; Schwarz-Dreher, § 259 Anm. 2 B; Maurach BT S. 337/338

6) Jagusch in LK, § 259 Anm. 3 d; Schönke-Schröder, § 259 Note 18; Welzel S. 339

7) OLG Stuttgart in JZ 1960 S. 289 (290) mit ablehnender Anm. von Maurach; a.A. OLG Köln in JMBL. NRW 1953 S. 9

8) NJW 1959 S. 1377 f

den Vertretern beider Meinungen zur Unterstützung der jeweiligen Ansicht herangezogen.

Zunächst ist davon auszugehen, daß auch Unterschlagung eine für die Hehlerei taugliche Vortat ist. Eignet sich also jemand heute ein geliehenes Buch zu, indem er seinen Namen hineinschreibt und veräußert er es in vier Wochen, so begeht der Abnehmer Hehlerei, weil das Buch "mittels einer strafbaren Handlung erlangt" ist. Das bedeutet aber noch nicht, daß auch dann der Tatbestand des § 259 erfüllt ist, wenn erst die Veräußerungshandlung eine Zueignung darstellt, somit also das Erlangen des Vortäters mit dem Ansichbringen zeitlich zusammenfällt¹⁾. In diesem Fall kann man nur dann eine Hehlerei des Abnehmers bejahen, wenn man das Erfordernis, daß die Vortat vollendet sei, fallen läßt. Das ist aber schwer vereinbar mit dem Wortlaut des § 259, der verlangt, daß die Sachen mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind. Nach dem Wortlaut muß also der Vortäter die Sachen bereits erlangt haben, bevor der Hehler sie an sich bringt; oder auf den vorliegenden Fall abgestellt: die Sache muß unterschlagen sein, wenn der Hehler sie an sich bringt. Es genügt nicht, daß die Sache gerade dann unterschlagen wird, wenn der Hehler sie an sich bringt. Demgemäß hat auch der B G H weder in der zitierten noch in späteren Entscheidungen²⁾ den Grundsatz der Vorzeitigkeit aufgegeben, vielmehr verlangt, daß die Vortat rechtlich abgeschlossen ist, wenn der Hehler sie an sich bringt. Praktisch wird man auch nach dieser Meinung fast immer zur Bestrafung wegen Hehlerei gelangen. Der Fall, daß dem eigentlichen Akt der Veräußerung nicht bereits andere taugliche Zueignungshandlungen (z.B. Angebot) vorausgehen, tritt nämlich nicht oder äußerst selten ein. Stellt man zudem bei der Festlegung des Zeitpunktes der tatbestandlichen Vollendung der Unterschlagung nicht auf den Akt der Manifestation, sondern den der Manifestation vorangehenden Willensakt ab³⁾, dann wird man

1) s. das Bsp. in Anm. 3 Seite 41

2) MDR 1960 S. 418

3) so Maurach a.a.O. S. 291

praktisch in allen Fällen zur Bestrafung wegen Hehlerei gelangen. In keinem Fall kommt es zur echten oder unechten Idealkonkurrenz der Hehlerei mit Beihilfe zur Unterschlagung: wird der "Nachmann" tätig, bevor die Unterschlagung vollendet ist, dann begeht er nur Beihilfe zur Unterschlagung, Hehlerei scheidet tatbestandlich aus; setzt aber die Tätigkeit des Nachmannes erst nach Vollendung der Zueignung ein, dann kann sie nicht mehr als Beihilfe zur Unterschlagung, sondern allein als Hehlerei bestraft werden¹⁾.

Das RG nahm zu der Frage der Konkurrenz zwischen Unterschlagung mit gleichzeitig begangener Hehlerei nur in den Fällen Stellung, in denen der Hehler bzw. Unterschlagende die Sache bereits in seinem Besitz hatte, bevor er die strafbare Handlung beging²⁾. Eine Bestrafung wegen Unterschlagung neben Hehlerei lehnte das RG aus dem Gesichtspunkt der "Gesetzes-einheit" ab, ohne die Art der Konkurrenz näher zu bezeichnen. Es führte zur Begründung aus³⁾, Hehlerei habe fast ausnahmslos fremde bewegliche Sachen zum Gegenstand; da der Hehler die Sache in Zueignungsabsicht an sich bringe, verwirkliche er notwendigerweise den Tatbestand der Unterschlagung, falls sich die fremde bewegliche Sache bereits in seinem Gewahrsam befin-

1) anders auch v. Olshausen, § 246 Anm. 25 b: Idealkonkurrenz der Hehlerei mit Beihilfe zur Unterschlagung für den Fall, daß die Zueignung nicht erst durch den Akt der Übergabe, sondern schon vorher - durch das Angebot zum Kauf - bewirkt wurde; hierbei wird übersehen, daß in diesem Fall wegen Vollendung der Unterschlagung vom Abnehmer keine Beihilfe mehr geleistet werden kann und daher nur Hehlerei vorliegt.

Mit diesem Problem darf nicht die - von der Rspr. bejahte - Frage verwechselt werden, ob Hehlerei durch eine neue und selbständige Handlung möglich ist, wenn der Nachmann bereits durch eine andere Handlung (Anstiftung, Beihilfe) an der zeitlich vorhergehenden Vortat beteiligt ist; vgl. hierzu Jagusch in LK, § 259 Anm. 6 (2. Absatz); Schönke-Schröder, § 259 Note 58 ff; für die Rspr. ist die Frage abschließend beantwortet durch den Beschluß des Großen Senates für Strafsachen des BGH vom 20. Dezember 1954 (BGHSt 7 S. 134 ff = NJW 1955 S. 390 ff).

2) RGSt 56 S. 335 f; 64 S. 326 f

3) Bd. 56 S. 335

det; dies entspreche dem regelmäßigen Verlauf der Dinge.

Mit derselben Begründung nimmt auch der B G H¹⁾ "Gesetzeskonkurrenz" zwischen Unterschlagung und Hehlerei an. Bezüglich der Hehlerei ist also festzustellen, daß die Rechtsprechung durchaus mit dem übereinstimmt, was oben über die Funktion des Unterschlagungstatbestandes gegenüber Vermögensdelikten allgemein gesagt wurde: Zurücktreten der Unterschlagung wegen unechter Idealkonkurrenz (Subsidiarität) bei gleichzeitiger Erfüllung des Hehlereitstatbestandes²⁾.

In der Lehre herrscht durchweg Übereinstimmung darüber, daß aus Unterschlagung wegen unechter Idealkonkurrenz nicht bestraft werden könne³⁾.

c) Im Gegensatz hierzu überwiegt bei der Beurteilung des Ver-

1) Bd. 15 S. 53 ff (56)

2) die bei Schönke-Schröder, § 259 Note 67 anscheinend als abweichend zit. Entsch. Bd. 70 S. 7 ff und 72 S. 326 ff (328) behandeln nicht die Frage des tateinheitlichen Zusammentreffens. Die Entscheidung im 72. Bd. behandelt die Frage, ob der zur Unterschlagung Anstiftende in Tatmehrheit mit Hehlerei bestraft werden könne. In dem anderen Urteil (70. Bd.) hält das RG eine Strafbarkeit wegen Hehlerei durch Mitwirken beim Absatz in echter Realkonkurrenz mit Unterschlagung (ders. Sache) für möglich. Dieser Fall interessiert hier auch deswegen nicht, weil nur das Verhältnis der Hehlerei in der Form des Ansichbringens zur Unterschlagung untersucht wird (vgl. hierzu unten II. Teil).

3) Jagusch in LK, § 259 Anm. 8; Kohlrusch-Lange, § 259 Anm. VIII c; v. Olshausen, § 246 Anm. 25 b letzter Abs.; Schönke-Schröder, a.a.O. nimmt ebenfalls Gesetzeskonkurrenz an, allerdings mit der Einschränkung, daß §§ 248 a und 370 Nr. 5 der Hehlerei vorgehen müßten, "da andernfalls wegen einer bloßen Übertretung bestraft werden würde, wer dem Dieb ein Brot stiehlt, dagegen aus § 259, wer es sich von ihm schenken läßt". Ob in dieser Konsequenz eine vom Gesetz nicht gewollte Unbilligkeit liegt, ist entgegen der Meinung Schröder's zweifelhaft; das Gesetz behandelt den Hehler in anderer Hinsicht strenger als den Dieb (Gewerbsmäßigkeit, Nebenstrafen); es liegt also der Schluß nahe, daß es ihm die Privilegien der §§ 248 a und 370 Nr. 5 bewußt vorenthalten hat. Aus demselben Grund muß auch die von Welzel a. a. O. vorgeschlagene analoge Anwendung der §§ 248 a, 370 Nr. 5 abgelehnt werden. vgl. auch Binding I S. 271 Anm. 1: "stellen doch viele Hehlereifälle in Wahrheit nur hervorgehobene Unterschlagungen dar!"

hältnisses der Untreue zu einer darin liegenden Unterschlagung die Meinung, hier sei echte Idealkonkurrenz gegeben¹⁾. Die Gegner dieser Meinung, Binding, Frank, Honig und Wegner, begründeten die Nichtanwendbarkeit des § 246 nicht mit "Gesetzeskonkurrenz" sondern mit der fehlenden Tatbestandsmäßigkeit der Untreue (vgl. oben S. 16). Ihre Argumente richteten sich also nicht unmittelbar gegen die Bejahung der echten Idealkonkurrenz durch die h. M. und verlieren um so mehr an Bedeutung, als heute die Treubruchtheorie im Gesetz ausdrücklich enthalten ist. Der BGH vertritt in seiner Entscheidung vom 24. März 1955²⁾ nur scheinbar eine abweichende Meinung; er geht zwar von einer Handlungseinheit zwischen Untreue (hier: § 81 a GmbHGesetz) und Unterschlagung aus, zieht aber gar nicht in Erwägung, daß bereits in der ungetreuen Entgegennahme der Gelder eine selbständige Unterschlagung liegen könne; vielmehr werden erst die nachfolgenden Akte, die allerdings wegen der besonderen Sachlage mit der Entgegennahme eine Handlungseinheit bilden sollen, auf Unterschlagung hin untersucht; echte Idealkonkurrenz verneint der BGH, weil "bei solcher Sachlage die Unterschlagungshandlungen durch die Bestrafung wegen Untreue mit abgegolten" seien; der BGH zieht also Grundsätze der sog. straflosen Nachtat zur Begründung der Straflosigkeit der Unterschlagungshandlungen heran; hieraus folgt, daß die Unterschlagungshandlungen der Untreuehandlung (=Entgegennahme) nachfolgen, daß demnach die Untreue und die Unterschlagung nicht eigentlich uno actu erfolgten, so daß die Entscheidung eher das Problem des Verhältnisses der *n a c h* einem Vermögensdelikt (Untreue) begangenen Unterschlagung an derselben Sache behandelt und daher für die hier zu beantwortende Frage nicht von Bedeutung ist.

1) Jagusch in LK, § 266 Anm. 8; Kohlrausch-Lange, § 266 Anm. VIII; v. Olshausen, § 266 Anm. 16 a; Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 266 Anm. XII; Ebener S. 98; Maurach BT S. 311; Schwinge-Siebert S. 61; Welzel S. 329; RGSt (st. Rspr.) 3 S. 284; 16 S. 344; 63 S. 407; 69 S. 63; sowie in JW 1938 S. 2337; besonders bei Ebener zeigt sich, daß der vermögensdeliktische Charakter der Untreue nicht in genügendem Maße berücksichtigt ist.

2) GA 1955 S. 271 f (272)

Als wahre Gegner der Auffassung, Unterschlagung stehe zur Untreue im Verhältnis echter Idealkonkurrenz, sind B a u m a n n¹⁾ und R. S c h m i d t²⁾ zu nennen. Dabei geht Schmidt - anders als es nach dem Zitat Baumann's³⁾ den Anschein hat - von der Untreue als dem subsidiären Delikt aus; § 266 habe sich als jüngerer Tatbestand gerade zur Ergänzung der Unterschlagung entwickelt⁴⁾. Baumann meint dagegen, die Untreue sei gegenüber der Unterschlagung der verdrängende, die Unterschlagung also der subsidiäre Tatbestand. Nach den Erkenntnissen über das Wesen der Unterschlagung als Auffangtatbestand (vgl. oben S. 38 ff) kann nur der Meinung Baumann's zugestimmt werden. Die Untreue ist als selbständiges Delikt neben den Zueignungs- und den übrigen Vermögensdelikten seit jeher anerkannt⁵⁾. Ihre möglichen Tathandlungen sind wesentlich enger gefaßt, als dies bei der Unterschlagung der Fall ist. Zudem ist R. Schmidt von der engen Auslegung des § 246 ausgegangen⁶⁾, konnte also nicht erkennen, daß der Tatbestand bei weiter Auslegung in fast allen Fällen der Begehung eines Vermögensdeliktes an einer fremden beweglichen Sache mit erfüllt ist, worin sich der subsidiäre Charakter gerade der Unterschlagung zeigt. Demnach ist bei der Untreue genau so wenig ein Grund zur Annahme echter Idealkonkurrenz mit Unterschlagung ersichtlich wie bei Hehlerei, Betrug oder Erpressung; vielmehr ist die Unterschlagung auch gegenüber der Untreue subsidiär⁷⁾.

1) Der strafrechtliche Schutz... S. 255, vgl. auch S. 198/199

2) Grundriß S. 246

3) a.a.O. Anm. 2

4) a.a.O. S. 245

5) Binding I S. 396

6) a.a.O. S. 234

7) Bockelmann in JZ 1960 S. 622 r. Sp.; so heute auch Schönke-Schröder, § 266 Note 63; die bereits zitierte Entscheidung des BGH kann zur Unterstützung dieser Meinung nicht unmittelbar herangezogen werden, da sie - wie gesagt - einen Fall der Handlungseinheit von Unterschlagung und Untreue zum Gegenstand hat, der für diese Untersuchung nicht typisch ist; die Entscheidung zeigt aber, daß der BGH den

VI.) Die Besonderheiten der Amtsunterschlagung.

Bisher wurde lediglich das Verhältnis der einfachen Unterschlagung gegenüber den übrigen Aneignungs- und den Vermögensdelikten untersucht. Ausgangspunkt war, daß es wenig Sinn hätte, neben den einzelnen Vermögensdelikten auch § 246 anzuwenden, da der Unrechtsgehalt der Tat durch die Strafdrohung dieser Delikte voll ausgeschöpft sei. Bei der Amtsunterschlagung kommt dieser Gedanke nicht zum Zuge: zunächst schützt § 350 neben dem Eigentum das Vertrauen der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung; die für die unechte Idealkonkurrenz typische Identität der Rechtsgüter fehlt also. Sodann droht § 350 gegenüber den Aneignungs- und Vermögensdelikten die schwerere Strafe an (Ausnahme: Untreue); diese Tatsachen widersprechen grundsätzlich der Annahme, Amtsunterschlagung sei gegenüber den übrigen Delikten subsidiär.

Bei § 350 ist es wegen der praktischen Bedeutung der Frage besonders umstritten, ob überhaupt die Begehung in Form eines anderen Aneignungs- oder eines Vermögensdeliktes möglich ist, m.a.W., ob der Tatbestand der Amtsunterschlagung überhaupt erfüllt ist, wenn in dem Verhalten des Beamten ein anderes Delikt vorliegt.

1.) Das Verhältnis der Amtsunterschlagung zu Diebstahl.

Im Vordergrund der Diskussion steht die Abgrenzung gegenüber Diebstahl, da der ungetreue Beamte oft nicht den Alleingewahrsam innehat, folglich also die Sache "wegnehmen" muß im Sinne des § 242¹⁾. Gestützt auf den Wortlaut des § 350 über-

Unrechtsgehalt der Unterschlagung durch die Bestrafung wegen der Untreueakte als ausgeschöpft ansieht, auch wenn beides Teilakte einer Handlungseinheit darstellen; es ist kein Grund ersichtlich, warum etwas anderes gelten soll, wenn der Unterschlagungs- und der Untreuetatbestand durch einen Akt erfüllt werden.

1) vgl. zur gesamten Problematik Harlandt in der angegebenen Diss.

wiegt die Meinung, Amtsunterschlagung sei ein qualifizierter Fall der einfachen Unterschlagung und § 350 setze sämtliche Tatbestandsmerkmale des § 246 voraus. Anhängern dieser Meinung verbietet es sich von vornherein, im Diebstahl oder Raub eine Amtsunterschlagung anzunehmen.

a.) Um dieses Ergebnis zu vermeiden und dem § 350 ein weiteres Anwendungsgebiet zu erschließen, insbesondere um die Fälle des oft bestehenden Mitgewahrsams zu erfassen, sieht ein Teil der Lehre Amtsunterschlagung als allgemeines Zueignungsdelikt an, das auch die Zueignung unter Mitgewahrsamsbruch umfaßt¹⁾. Man hat also das negative Gewahrsamsmerkmal, das auch nach der "berichtigenden" Auslegung die einfache Unterschlagung von Diebstahl abgrenzt, bei der Amtsunterschlagung fallen lassen, um Fälle, in denen der Beamte (den meist bestehenden) Mitgewahrsam eines anderen bricht, unter § 350 subsumieren zu können und nicht nur nach § 242 bestrafen zu müssen. Diese Lehre kann die Amtsunterschlagung nicht lediglich als qualifizierten Fall der einfachen Unterschlagung bezeichnen, denn wenn der Beamte sich durch Wegnahme zueignet, ist der Tatbestand der einfachen Unterschlagung ausgeschlossen; Spezialität würde aber voraussetzen, daß der volle Tatbestand der einfachen Unterschlagung mit der Amtsunterschlagung immer erfüllt ist. Andererseits besteht auch nicht das Verhältnis der Spezialität zwischen Amtsunterschlagung und Diebstahl, denn die Amtsunterschlagung enthält dann nicht den Tatbestand eines Diebstahls, wenn der Beamte sich eine Sache ohne Gewahrsamsbruch zueignet. Die Schwierigkeit hat ihre Ursache darin, daß § 350 als Täter einen Beamten, als Tatobjekt amtlich anvertraute oder empfangene Sachen voraussetzt; darin liegt eine einengende Qualifizierung gegenüber § 246. Die Tathandlung des § 350 ist jedoch nach der neueren Lehre gegenüber § 246 insofern weiter, als sie auch Zueignungen in Form der Wegnahme umfaßt, die aus § 246 ausgegliedert (Unterschlagung = Zueignung ohne Gewahrsamsbruch) und in § 242 geregelt sind. Man könnte allenfalls sagen, § 350 sei ein qualifizier-

1) Maurach BT S. 670; Mezger BT S. 290; Welzel LB S. 473/474; Groetschel in NJW 1954 S. 1109; Kohlrausch-Lange § 350 Anm. IV 1; Schönke-Schröder bis zur 7. Aufl.

ter Fall der einfachen Unterschlagung oder des Diebstahls, je nachdem, ob der Beamte fremden Gewahrsam gebrochen hat oder nicht. Welzel¹⁾ bringt das auf die kurze Formel, § 350 sei ein qualifizierter Fall der § 242 und 246.

b.) Gemäß der im Schrifttum²⁾ wohl noch überwiegenden und in der heutigen Rechtsprechung³⁾ einhelligen Meinung bestehen diese Schwierigkeiten nicht: danach ist § 350 ein qualifizierter Fall lediglich der einfachen Unterschlagung und setzt deren Tatbestand in jeder Hinsicht voraus. Diese Ansicht hat, wie gesagt, den Wortlaut des § 350 auf ihrer Seite. Sie führt dazu, daß § 350 nicht gegeben ist, wenn der Beamte fremden Gewahrsam bricht, weil in diesem Fall schon eine einfache Unterschlagung tatbestandlich ausscheidet. Für das Verhältnis des § 350 zu Diebstahl (und dem hier wenig interessanten Raub) gilt also das oben über das Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu diesen Delikten Gesagte entsprechend, wenn man die h. M. zu Grunde legt.

Lehnt man überdies die weite und "berichtigende" Auslegung des § 246 ab, dann kann es genau wie im Falle der einfachen Unterschlagung auch bei der Amtsunterschlagung nur in den Fällen zur Konkurrenz mit einem Vermögensdelikt kommen, in denen der Beamte die Sache bereits in Besitz oder Gewahrsam hatte. Umgekehrt ist in jedem Vermögensdelikt, das ein Beamter in Bezug auf amtlich empfangene oder anvertraute Sachen mit Zueignungsvorsatz begeht, eine Amtsunterschlagung tatbestandlich enthalten, wenn man die weite oder "berichtigende" Auslegung anerkennt.

2.) Das Verhältnis der Amtsunterschlagung zu Vermögensdelikten.

1) LB S. 474

2) vgl. Schönke-Schröder, § 350 Noten 1 und 12 mit weiteren Nachweisen; Frank, § 350 Anm. I a.E.; Werner in LK, § 350 Anm. IV

3) vgl. zuletzt BGH im zit. Beschl. v. 7. Dezember 1959; einen Überblick über die Rspr. des RG gibt Niethammer S. 423

Bockelmann¹⁾ beantwortet die Frage nach dem Verhältnis der Amtsunterschlagung zu darin liegenden Vermögensdelikten einfach dahin, daß sowenig "als Amtsunterschlagung bestraft werden darf, was nicht als einfache Unterschlagung bestraft werden könnte". Er will also den subsidiären Charakter der einfachen Unterschlagung auf die Amtsunterschlagung übertragen. Wie bereits oben ausgeführt, entfallen bei der Amtsunterschlagung zwei gewichtige Argumente, die für die Annahme der unechten Idealkonkurrenz zwischen einfacher Unterschlagung und anderen Delikten ausschlaggebend waren: einmal schützt § 350 über den § 246 hinausgehend das Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung, enthält also gegenüber § 246 ein weiteres Rechtsgut; zum anderen droht er gegenüber den in Frage kommenden Delikten regelmäßig die schwere Strafe an. Wohl aus diesen Erwägungen heraus lehnt denn auch Baumann²⁾ Subsidiarität des § 350 ab, obgleich er den subsidiären Charakter des § 246 nicht leugnet.

a.) In der Praxis spielt das Zusammentreffen der Amtsunterschlagung mit Betrug eine besondere Rolle. Das R G hat verschiedentlich echte Idealkonkurrenz zwischen § 263 und § 350 angenommen³⁾, obwohl es an anderer Stelle⁴⁾ betonte, der Tatbestand des Betrugs schließe die Anwendbarkeit des § 350 aus. Zu jener Beurteilung gelangte das RG jedoch auf Grund besonders gelagerter Fälle. In der Entscheidung im 52. Band⁵⁾ sieht es die Zueignung keineswegs in der Entgegennahme des

1) JZ 1960 S. 623

2) NJW 1961 S. 1143

3) RGSt 52 S. 163 ff (166); 61 S. 37 ff (39); JW 1938 S. 1881; DR 1940 S. 792/793; RGSt 70 S. 12 ff (14/15)

4) "Recht" 1926 S. 296 (Nr. 976)

5) Sachverhalt: ein Schalterbeamter, der Fahrkarten verkaufte, zahlte beim Wechseln von Geldscheinen mehrmals eine Mark zu wenig aus; dabei entnahm er die Wechselbeträge zunächst in voller Höhe der Kasse, legte aber jeweils eine Mark, die er zurückbehielt, am Schalter zurecht, um sie bei Mißlingen des Betrugs nachzuzahlen, dagegen bei Gelingen der Täuschung für sich zu behalten.

vom Betrugscpfer gezahlten Geldes; der von den Reisenden gezahlte Fahrpreis war gar nicht Gegenstand des Betruges. Vielmehr bezog sich die Zueignung auf nicht herausgezahltes Wechselgeld und erfolgte erst in einem späteren Zeitpunkt, als der Betrug gegenüber den Reisenden bereits abgeschlossen war. Worin sie liegen soll, hat das RG nicht genau gesagt. Sie kann jedenfalls frühestens darin gesehen werden, daß sich der Angeklagte jeweils eine Mark am Schalter zurechtlegte, um sie nach endgültig gelungenem Betrug in die eigene Tasche zu stecken. Das Urteil behandelt also nicht die hier zu untersuchende Frage, ob in der Entgegennahme einer ertrogenen Sache eine idealkonkurrierende Amtsunterschlagung liegt.

Das gilt erst recht für die Entscheidung im 61. Band; hier ist das RG selbst offensichtlich von Tatmehrheit ausgegangen, hat aber keine Veranlassung gesehen, die von der Strafkammer angenommene Tateinheit zu beanstanden, da der Angeklagte insoweit nicht beschwert war¹⁾. Auch die Entscheidung vom 13. Mai 1938²⁾ spricht nicht eindeutig dafür, daß das RG bereits in der Entgegennahme des Geldes eine Zueignung sieht. Zwar führt es aus, die Unterschlagung sei mit dem Ansichbringen des Geldes beendet³⁾, was darauf hindeuten könnte, daß die Unterschlagung in der Entgegennahme liegen soll. An anderer Stelle der Entscheidung läßt das RG jedoch offen, ob der Angeklagte bereits beim Empfang des Geldes Zueignungswillen besaß. Würde es in der Entgegennahme eine Unterschlagung sehen, dann müßte es den dazu erforderlichen Zueignungswillen für den Zeitpunkt der Entgegennahme eindeutig bejahen. Das Urteil vom 1. März 1940⁴⁾ spricht gleichfalls zunächst dafür, daß das RG die Zueignung in der Entgegennahme des erschwindelten Geldes er-

1) vgl. im übrigen zu dieser Entsch. unten II. Teil

2) in JW a.a.O.

3) Das übersieht Bockelmann anscheinend (JZ 1960 S. 621 Anm. 2), und die Behauptung, das RG sehe die Unterschlagung in der "Verwendung des Geldes zum eigenen Nutzen des Täters" ist durch die Gründe der Entscheidung nicht belegt.

4) In DR a.a.O.

blickte und deshalb Idealkonkurrenz annahm. Die Begründung für das Vorliegen der echten Idealkonkurrenz läßt aber wieder Zweifel aufkommen. Das RG führt nämlich hierzu an, daß die Unterschlagung "nicht bloße Nachtat zum Betrug" sei. Von der Unterschlagung als *N a c h t a t* kann das RG nur sprechen, wenn es das betrügerische Verhalten und die Zueignungshandlung nicht als echte Einheit ansieht^{1) 2)}.

Aus den angeführten Entscheidungen kann also keineswegs die Regel hergeleitet werden, das RG habe in der betrügerischen Entgegennahme einer Sache durch einen Beamten eine mit Betrug ideell konkurrierende Amtsunterschlagung gesehen. Das RG hat diese Möglichkeit in der Regel überhaupt nicht erwähnt, obwohl es dazu Anlaß gehabt hätte³⁾; es erblickte zwar in der betrügerischen Erlangung eine Betätigung der Zueignungsabsicht, zog aber daraus nicht die Konsequenz, die Möglichkeit einer ideell konkurrierenden Amtsunterschlagung zu prüfen, sondern verneinte lediglich auf Grund dieser Feststellung die Möglichkeit einer dem Betrug *n a c h f o l g e n d e n* Amtsunterschlagung. (v. Olshausen-) Freiesleben⁴⁾, der die Möglichkeit echter Idealkonkurrenz der Amtsunterschlagung mit Betrug verneinte, berief sich also trotz der zitierten Entscheidungen mit Recht auf die Praxis des RG.

-
- 1) Daß das RG selbst von seinen Ausführungen über die Tateinheit nicht ganz überzeugt ist, bekundet der Satz, der offenbar als Hilfsbegründung gedacht ist: "Auf jeden Fall bildet das gesamte Handeln des Angeklagten, das von vornherein auf die Zueignung des Geldes gerichtet war, nach der Auffassung des Lebens eine natürliche Einheit, die der Zerlegung in mehrere selbständige Straftaten widerstreitet".
 - 2) Auch in RGSt 70 S. 12 ff (14/15) bejahte das RG echte Idealkonkurrenz zwischen § 263 und § 351. Dieser Fall ist aber insofern atypisch und daher für die Lösung unseres Problems nicht geeignet, als sich Unterschlagung und Betrug gegen verschiedene Objekte richteten und das RG nur deshalb Tateinheit annehmen konnte, weil die Täuschungshandlung des § 263 identisch war mit dem erschwerenden Tatbestand des § 351.

3) vgl. RG "Recht" 1926 S. 122; RG JR Rspr. 1926 Nr. 1446

4) § 350 Anm. 6 b

Der BGH¹⁾ folgt der Rechtsprechung des RG. Auch der Große Strafsenat sah sich in seinem Beschluß vom 7. Dezember 1959 nicht veranlaßt, zu der Frage selbst Stellung zu nehmen, da er die Tatbestandsmäßigkeit einer einfachen Unterschlagung und damit der Amtsunterschlagung verneinte.

Der bereits erwähnte Lösungsvorschlag Bockelmann's läßt die eigentliche Problematik deutlich werden: nach seiner Ansicht darf als qualifiziertes Delikt nicht bestraft werden, was als einfaches Delikt wegen dessen subsidiären Charakters nicht bestraft werden könnte; eine Begründung für diese Behauptung gibt Bockelmann allerdings nicht. Sie wäre auch nur schwer zu finden. Die Subsidiarität der einfachen Unterschlagung gegenüber Betrug hat folgende Gründe: nach der "berichtigenden" Auslegung ist ein Sachbetrug regelmäßig auch unter den Unterschlagungstatbestand subsumierbar; zudem schützen § 246 und § 263 das gleiche Rechtsgut; schließlich droht § 263 gegenüber § 246 die schwerere Strafe an. Bei § 350 trifft keiner dieser Gesichtspunkte zu: nur in Ausnahmefällen liegt in einem Sachbetrug eine Amtsunterschlagung, da der Täter nur selten Beamter ist und er außerdem zu der Sache in amtlicher Beziehung stehen muß; die den subsidiären Charakter des § 246 mitbegründende Tatbestandsweite liegt also bei § 350 nicht vor. Wie bereits mehrfach erwähnt, schützt § 350 neben dem Eigentum auch das öffentliche Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung, so daß von einer Identität der Rechtsgüter in § 263 und § 350 nicht die Rede sein kann²⁾; schließlich droht nicht § 263, sondern § 350 die schwerere Strafe an. Der Sinnzusammenhang der beiden Tatbestände kann also nicht darin bestehen, § 350 zugunsten des § 263 zurücktreten zu lassen.

b.) Bezüglich des Verhältnisses der Amtsunterschlagung zu einer darin liegenden Erpressung kann auf die vorstehenden

1) NJW 1953 S. 33 = LM Nr. 3 zu § 350

2) vgl. die im Beschluß vom 7. Dezember 1959 wiedergegebene Argumentation des vorlegenden 5. Senates.

Ausführungen Bezug genommen werden; Erpressung und Betrug unterscheiden sich lediglich darin, daß bei Betrug der Irrtum, bei Erpressung die Nötigungslage das Opfer zu einer schädlichen Verfügung veranlaßt.

c.) Die Möglichkeit einer echten Idealkonkurrenz von Amtsunterschlagung und Untreue (§ 266) wird heute umso weniger bestritten, als man dieses Verhältnis bereits zwischen § 246 und § 266 annimmt¹⁾. Die vor der Neufassung des § 266 vom Jahre 1933 im Schrifttum vertretene Meinung, der Tatbestand des § 266 könne nicht von Beamten in ihrer Beamten-eigenschaft erfüllt werden, beruhte auf dem alten Wortlaut dieser Vorschrift und kann daher hier unberücksichtigt bleiben²⁾. Im wesentlichen sprechen die gleichen Gesichtspunkte gegen eine Verdrängung des § 350 wie beim Betrug. Es ist allerdings zu beachten, daß nicht § 350, sondern § 266 die schwerste Strafe androht (Gefängnis + Geld); insoweit entfällt also ein Argument, das gegen die Verdrängung des § 350 durch § 263 angeführt wurde. Diese Tatsache darf aber nicht dazu verleiten, allein den § 266 anzuwenden, denn das Treueverhältnis Staat-Beamter ist ein anderes als das des § 266, das nicht zwischen Staat und jedem seiner Beamten besteht, vielmehr besonders gestaltet ist und daher nur zwischen Staat und gewissen seiner Beamten besteht³⁾.

d.) Es bleibt noch das Verhältnis der Amtsunterschlagung zu einer eventuell mit ihr zusammenfallenden Hehlerei zu be-

1) vgl. dazu oben unter V 3 c; zum Verhältnis der §§ 266/350 vgl. Kohlrausch-Lange, § 266 Anm. VIII; v. Olshausen, § 266 Anm. 16 a; Schönke-Schröder, § 350 Note 25; Schwarz-Dreher, § 266 Anm. 5 B; Werner in LK, § 350 Anm. VIII; bedingt auch Schwinge in JW 1936, S. 459, der allerdings noch unterscheiden will, ob der Beamte fiskalisch oder hoheitlich gehandelt hat; aus der st. Rspr. des RG vgl. RGSt 32 S. 259 ff (262); 69 S. 333 ff (337); 70 S. 53 ff (55); 72 S. 193 ff (194); 74 S. 171 ff (174); HRR 1940 Nr. 267; RGSt 75 S. 190 ff (191); der BGH beruft sich zur Begründung seiner Meinung auf die Rspr. des RG (LM Nr. 42 zu § 73 und NJW 1961 S. 1171 ff (1172)).

2) vgl. Schwinge a.a.O. mit weiteren Nachweisen.

3) RGSt 69 S. 337

trachten. Die tatbestandliche Möglichkeit eines Zusammen-
treffens von § 246 und § 259 in seiner wichtigsten Form des
Ansichbringens war oben bejaht worden. Bei § 350 müßte hinzu-
kommen, daß der Täter die Sache in amtlicher Eigenschaft "an
sich bringt", denn gerade in diesem Ansichbringen soll auch
die Zueignungshandlung des § 350 liegen¹⁾. Nun verlangt der
Tatbestand der Hehlerei jedoch Willensübereinstimmung zwischen
Hehler und Vormann dahin, daß dem Hehler eine vom Vormann
abgeleitete, eigene Verfügungsmacht über die Sache eingeräumt
wird²⁾. Erhält der Beamte eine (zum Bsp. gestohlene) Sache
in amtlicher Eigenschaft, dann wird ihm keine private, d. h.
eigene Verfügungsmacht eingeräumt: amtliche Empfangnahme und
Ansichbringen im Sinne des § 259 schließen einander aus. Dem-
nach ist eine Amtsunterschlagung in Form der Hehlerei nicht
denkbar und damit ein Konkurrenzproblem nicht gegeben.

Ergebnis des I. Teils für das geltende Recht:

- 1.) Die Tatbestände der einfachen und der Amts-
unterschlagung sind ausgeschlossen, wenn der
Täter sich die Sache durch Wegnahme zueignet;
ein Konkurrenzverhältnis zwischen Unterschla-
gung (Amtsunterschlagung) einerseits und Dieb-
stahl oder Raub andererseits ist nicht mög-
lich.
- 2.) In den Vermögensdelikten Betrug, Erpressung,
Hehlerei und Untreue kann eine Zueignung ent-
halten sein. Wegen Subsidiarität des § 246
gegenüber sämtlichen Vermögensdelikten wird

1) Daß die Erörterung dieses Verhältnisses nicht abwegig ist,
beweise folgender Fall: Steuerschuldner S geht mit ge-
stohlenen Geld zum Finanzbeamten B der Finanzkasse. Da B
und S befreundet sind, läßt S den B über die Herkunft des
Geldes nicht im Unklaren; B erklärt sich mit der Zahlung
der Steuerschuld mittels des gestohlenen Geldes einver-
standen, hat aber von Anfang an vor, das Geld nicht zur
Kasse zu bringen, sondern für sich zu behalten. Dies tut
er auch.

2) Jagusch in LK, § 259 Anm. 4 a; Frank, § 259 Anm. IV 2

jedoch diese Zueignung nicht als Unterschlagung bestraft; die Voraussetzungen der Subsidiarität sind nicht gegeben, wenn sich Vermögensdelikt und Unterschlagung gegen verschiedene Rechtsgutsträger richten; dann besteht zwischen Unterschlagung und dem gegebenen Vermögensdelikt echte Idealkonkurrenz. Auch § 350 ist gegenüber den Vermögensdelikten nicht subsidiär.

VII.) Das kommende Recht.

Im folgenden soll noch der Einfluß der Neufassung des StGB auf die Ergebnisse des ersten Teils dargestellt werden. Dabei wird der bereits erwähnte Entwurf 1962 zugrunde gelegt, der 1965 erneut im Bundestag eingebracht wurde^{1a)}.

- 1.) Das Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu Betrug, Erpressung, Untreue und Hehlerei.

Wie schon oben¹⁾ ausgeführt, ist der dem § 246 StGB entsprechende § 240 des Entwurfs²⁾ als Auffangtatbestand gedacht: zunächst wird ein weiter Tatbestand im eigentlichen Sinn aufgestellt, der alle Vermögens- und Eigentumsdelikte

1a) Bundestag Drucksache V 32

- 1) siehe oben unter III 3 a und V 2

- 2) Wortlaut (soweit er hier interessiert):

"(1) Wer eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen widerrechtlich zueignet, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Strafhaft bestraft, wenn die Tat nicht als Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei mit Strafe bedroht ist.

(2) ... Versuch...

(3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Gefängnis von drei Monaten bis zu fünf Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

...

3. eine Sache unterschlägt, die ihm als Amtsträger anvertraut worden oder zugänglich geworden ist".

umfassen kann, weil er lediglich die Zueignung einer fremden beweglichen Sache voraussetzt. Die als Rechtsfolge an die Erfüllung dieses Tatbestandes geknüpfte Strafdrohung soll jedoch nur verwirklicht werden, "wenn die Tat nicht als Diebstahl, Raub, Betrug, Erpressung, Untreue oder Hehlerei mit Strafe bedroht ist". Die im ersten Teil gefundene Lösung, daß die einfache Unterschlagung gegenüber Vermögensdelikten subsidiär sei, ist im Entwurf für die Delikte Betrug, Erpressung, Untreue und Hehlerei ausdrücklich enthalten, so daß sich bei diesen Delikten am Ergebnis nichts ändert.

Zweifelhaft ist, ob auch der Fall im kommenden Recht gleich gelöst wird, in dem sich der Finder eine verlorene Sache durch Veräußerung an einen Gutgläubigen zueignet. Nach geltendem Recht ist wegen Unterschlagung in echter Idealkonkurrenz mit Betrug zu bestrafen, weil beide Delikte verschiedene Angriffsrichtungen sowohl bezüglich des Objekts als auch des Rechtsgutsträgers haben: die Unterschlagung verletzt das Eigentum und richtet sich gegen den Eigentümer; der Betrug verletzt das Vermögen und richtet sich gegen den Empfänger, wobei die Sache lediglich Mittel zur Begehung, nicht Objekt des Betruges ist. Kann de lege ferenda ebenso bestraft werden, obwohl nach § 240 des Entwurfs wegen Unterschlagung nur bestraft werden darf, wenn die Tat nicht als Betrug mit Strafe bedroht ist? Die Antwort hängt davon ab, ob die Tat, die als Betrug bestraft wird, identisch ist mit der Tat, die als Unterschlagung bestraft werden soll; es kommt also darauf an, was in § 240 des Entwurfs mit dem Begriff "Tat" gemeint ist. Der Entwurf gibt selbst die Antwort. § 11 Abs. 1 Nr. 1 definiert den Begriff "Straftat" als rechtswidrige und schuldhaftige Handlung, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht. Zwar heißt es in § 240 nicht "Straftat" sondern "Tat". Beide Begriffe werden jedoch von den Verfassern des Entwurfs als gleichbedeutend angesehen und verwendet¹⁾. Aus der Begriffsbestimmung des § 11 kann man bereits schließen,

1) vgl. S. 119 der Begründung; Tat sei die tatbestandsmäßige Handlung; hieraus folgt, daß der Begriff von dem der StPO völlig abweicht.

daß beim Vorliegen nur einer Handlung auch nur eine Tat gegeben ist. Etwas anderes gilt nicht, wenn eine Handlung mehrere Strafgesetze verletzt. Das ist zwar in § 11 nicht ausdrücklich gesagt, folgt aber aus § 67 Abs. 1 des Entwurfs: "Verletzt dieselbe Straftat mehrere Strafgesetze...". Die Vorschrift sagt also ausdrücklich, daß auch dann eine einzige Straftat gegeben ist, wenn durch eine Handlung mehrere Strafgesetze "verletzt" sind. Unterschlägt der Finder die Sache durch Verkauf an einen Gutgläubigen, so liegt eine (natürliche) Handlung, d. h., eine (Straf-) Tat vor. Daran ändert auch nichts der Umstand, daß zugleich die Tatbestände der Unterschlagung und des Betrugs erfüllt sind, wie sich aus § 67 des Entwurfs ergibt. Demnach kann künftig nur wegen Betrugs bestraft werden. Ein anderes Ergebnis könnte nur erreicht werden, indem man im vorliegenden Fall zwei verschiedene "Taten" im Sinne des § 240 des Entwurfs annähme. Eine solche Auslegung würde aber dem Sinn widersprechen, den der Entwurf den Begriffen "Straftat" und "Tat" gibt.

Es fällt auf, daß die Hehlerei im Katalog der vorrangigen Delikte in § 240 des Entwurfs 1960 nicht genannt war. Sollte damit ausgedrückt werden, daß für die Hehlerei etwas anderes zu gelten habe? Die Begründung¹⁾ sagte hierzu, der Tatbestand der Hehlerei sei als Sondertatbestand anzusehen, neben dem § 240 ausscheide.

Im ersten Teil war die Unterschlagung auch gegenüber der Hehlerei als subsidiärer Tatbestand erkannt worden. Die Form der Hehlerei durch Ansichbringen ist in § 286 des Entwurfs sachlich nicht geändert worden, wenn auch dort die Worte "an sich bringen" durch "sich verschaffen" ersetzt sind. Demnach behält das im ersten Teil über das Verhältnis der Unterschlagung zur Hehlerei Gesagte seine volle Gültigkeit. Spezialität des einen gegenüber dem anderen Tatbestand setzt voraus, daß letzterer in ersterem logisch notwendig mitenthalten ist. Genau so wenig wie diese Voraussetzung der Spezialität im

1) S. 377 links oben des E 1960

Verhältnis des § 259 zu § 246 vorlag, ist sie im Verhältnis des § 286 zu § 240 des Entwurfs zu bejahen. Ein solches Verhältnis scheitert auch daran, daß § 286 (wie § 259 StGB) noch andere Tathandlungen kennt als "sich verschaffen", wie zum Bsp. die Hilfe beim Absatz. Diese Mithilfe braucht durchaus nicht in Form einer Zueignung zu geschehen, und zwar dann nicht, wenn der Hehler keinerlei Verfügungsgewalt über die Sache erlangt und daher einen Zueignungswillen nicht manifestieren kann. Es ist folglich verfehlt, § 286 gegenüber § 240 des Entwurfs als Sondertatbestand zu bezeichnen. Auch de lege ferenda bleibt es bei dem Verhältnis der Subsidiarität der Unterschlagung gegenüber Hehlerei. Daher war es dogmatisch geboten, Hehlerei in die Subsidiaritätsklausel aufzunehmen, wie es im Entwurf 1962 geschehen ist¹⁾.

2.) Das Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu Diebstahl und Raub.

Hatte also der Entwurf 1960 die Hehlerei zu Unrecht mit der Begründung aus dem Katalog des § 240 herausgelassen, weil § 286 Sondertatbestand sei, so gilt das Umgekehrte von Diebstahl und Raub. Nach § 240 des Entwurfs kommt es auf das Gewahrsamsverhältnis des Täters zu der unterschlagenen Sache nicht mehr an; auch wenn die Zueignung in Form der Wegnahme (also durch Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams) erfolgt, ist der Unterschlagungstatbestand erfüllt. Demzufolge enthält nunmehr jeder Diebstahl und jeder Raub tatbestandsmäßig eine Unterschlagung. Auch wenn man die Unterschlagung nicht als Grundtatbestand ansehen will²⁾, von dem Diebstahl und Raub qualifizierte Fälle sind, so hindert das nicht, Diebstahl und Raub als Sondertatbestände zu bezeichnen, die zur Unterschlagung im Verhältnis der Spezialität stehen³⁾. Demnach bestand kein Anlaß, Diebstahl und Raub in die Subsidiaritätsklausel aufzunehmen; wie der Fall der Hehlerei zeigt,

1) vgl. Entwurf 1962 S. 409: "Um insoweit jeden Zweifel auszuschließen,---"

2) vgl. die Begründung S. 409, 401

3) vgl. Welzel LB S. 205 (II 1 b)

sind nämlich die Verfasser des Entwurfs selbst davon ausgegangen, daß das Verhältnis der Unterschlagung zu einem Sondertatbestand nicht ausdrücklich geregelt zu werden braucht.

Für das Verhältnis der einfachen Unterschlagung zu Vermögensdelikten bringt der Entwurf also eine ausdrückliche Regelung dessen, was im geltenden Recht aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände geschlossen wird; durch die Einführung der formellen Subsidiarität der Unterschlagung ergibt sich nur insoweit eine Abweichung von den auf Grund des geltenden Rechts gewonnenen Ergebnissen, als wegen Tateinheitlich mit einem Betrug begangener Unterschlagung auch dann nicht bestraft werden kann, wenn der durch den Betrug Geschädigte und der durch die Unterschlagung verletzte Eigentümer nicht identisch sind (Zueignung einer Sache durch Veräußerung an Gutgläubigen, s. o.).

Durch die völlige Herausnahme des Gewahrsamsmerkmals aus dem Unterschlagungstatbestand besteht nach dem Entwurf zwischen Unterschlagung und Diebstahl (Raub) nicht mehr das Verhältnis der tatbestandlichen Exklusivität, sondern der Spezialisierung, da in jedem Diebstahl (Raub) eine Unterschlagung tatbestandsmäßig enthalten ist.

3.) Das Verhältnis der Amtsunterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten.

Das Verhältnis der Amtsunterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten ist im Entwurf grundlegend anders gestaltet, als es oben für das geltende Recht aufgezeigt wurde. Als unechtes Amtsdelikt wurde die Amtsunterschlagung nicht in den Titel "Straftaten gegen den öffentlichen Dienst" (Fünfter Abschnitt, Achter Titel, §§ 460 ff des Entwurfs) aufgenommen. Vielmehr ist sie im § 240 Abs. 3 Nr. 3 des Entwurfs enthalten; jedoch nicht, wie man annehmen könnte, als qualifizierter Fall der einfachen Unterschlagung, sondern als sog. Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall. Die Amtsunterschlagung bildet also keinen besonderen Tatbestand

gegenüber der einfachen Unterschlagung, sie ist ihr gegenüber völlig unselbständig. Daraus ergibt sich, daß die Subsidiaritätsklausel des § 240 Abs. 1 des Entwurfs auch in Fällen eingreift, in denen sich ein Beamter amtlich anvertraute oder zugängliche Sachen aneignet und die darin liegende Amtsunterschlagung zugleich den Tatbestand eines der genannten Vermögens- oder Aneignungsdelikte erfüllt.

a.) Begeht also ein Beamter an ihm amtlich anvertrauten fremden beweglichen Sachen in Form der Zueignung Untreue, dann kann er nicht wegen der darin liegenden Amtsunterschlagung nach § 240 Abs. 3 Nr. 3, sondern nur wegen Untreue nach §§ 263 ff des Entwurfs verurteilt werden. Ebenso verhält es sich mit Diebstahl: muß der Beamte die amtlich anvertraute Sache zum Zwecke der Zueignung wegnehmen, so scheidet eine Bestrafung wegen der darin liegenden Amtsunterschlagung aus, weil "die Tat als Diebstahl mit Strafe bedroht ist". Im Unterschied zu diesen Ergebnissen wäre nach geltendem Recht und gemäß der im Text vertretenen Auffassung zumindest im Fall der Untreue auch wegen Amtsunterschlagung zu bestrafen. Daß es nach dem Entwurf nicht geschieht, braucht aber nicht zu Bedenken Anlaß zu geben. In beiden Fällen wird nämlich das besondere Unrecht, das in dem Verstoß gegen das Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung liegt, auf andere Weise mit schwererer Strafe bedroht: die Zueignung durch Wegnahme einer amtlich anvertrauten Sache ist in § 236 Nr. 5 als Regelbeispiel für einen besonders schweren Diebstahl genannt, während die Zueignung einer solchen Sache innerhalb der Untreue einen Mißbrauch der Befugnisse (oder der Stellung) des Beamten darstellt und daher als Regelbeispiel schwerer Untreue mit erhöhter Strafe bedroht ist (§ 264 Nr. 3 des Entwurfs).

b.) Anders verhält es sich mit Betrug und Erpressung. Im Fall, der dem Beschluß des Großen Strafsenats vom 7. Dezember 1959 zu Grunde lag, könnte die in der Entgegennahme des erschwindelten Geldes liegende Zueignung nicht als Amtsunterschlagung gemäß § 240 Abs. 3 Nr. 3 des Entwurfs bestraft werden, weil dieselbe Tat auch als Betrug mit Strafe bedroht ist (§ 240

Abs. 1). Im Gegensatz zu Diebstahl und Untreue enthalten die Betrugsvorschriften keine Regelung, die den Fall des Mißbrauchs der Amtsstellung trifft (vgl. §§ 252 ff). Da auch die spätere Verwertung der erschwindelten Sachen nicht als Amtsunterschlagung bestraft werden kann¹⁾, besteht nach dem Entwurf keine ausdrücklich genannte Möglichkeit, das Unrecht, das in dem Mißbrauch der Amtsstellung liegt, besonders zu ahnden. Es bleibt lediglich der Ausweg, einen besonders schweren Fall im Sinne des § 253 S. 1 des Entwurfs anzunehmen. §§ 259 ff (Erpressung) des Entwurfs sehen keine solchen "unbenannten" Strafschärfungsgründe vor; im Fall der Erpressung bleibt also nur die Möglichkeit, über § 171 Nr. 2 des Entwurfs (Nötigung im Amt) den Beamten schwerer zu bestrafen²⁾.

1) Dieser zunächst nur als Behauptung aufgestellte Satz wird im zweiten Teil der Arbeit begründet werden.

2) Ob diese Möglichkeit allerdings gegeben ist, erscheint im Hinblick auf die Spezialität der Erpressung gegenüber der Nötigung äußerst zweifelhaft; vgl. zu diesem Problem Maurach AT S. 594 (3. Abs.)

II. T e i l

Im vorhergehenden wurde das Verhältnis der Vermögens- und Aneignungsdelikte zu einer Unterschlagung, deren Tatbestand bei entsprechender Willensrichtung gerade in jenen Delikten enthalten ist, untersucht. Hat sich jemand durch Begehung eines Aneignungs- oder Vermögensdeliktes eine fremde bewegliche Sache verschafft, dann nimmt er zwecks Ausschöpfung ihres wirtschaftlichen Wertes meist Handlungen mit ihr vor, die - sieht man einmal von dem vorhergegangenen Verschaffungsdelikt ab - Zueignungshandlungen darstellen und daher als Unterschlagung zu bestrafen wären (Verwertungshandlungen). Berücksichtigt man dagegen, daß die Aneignungsdelikte notwendig, die Vermögensdelikte an fremden beweglichen Sachen regelmäßig¹⁾ Zueignungshandlungen enthalten, so stellt sich die Verwertung des deliktisch Erlangten als eine *w e i t e r e* Betätigung des Herrschaftswillens nach einer bereits erfolgten Zueignung dar. Mit der strafrechtlichen Würdigung solcher Handlungen befaßt sich der zweite Teil.

I.) Ausscheiden unproblematischer Fälle

1.) Fehlende Zueignungsabsicht des Täters

Aus der Umreißung des Problems ergibt sich, daß alle Handlungen außer Betracht bleiben, die zwar einem Vermögensdelikt nachfolgen, die aber erstmalige Manifestation des Herrschaftswillens sind, weil das vorhergehende Vermögensdelikt nicht mit Zueignungswillen begangen wurde und daher keine Zueignung enthielt; der Täter wollte nicht den Eigentümer ausschließen, vielmehr ging es ihm in erster Linie um den Besitz (im Gegensatz zur vollen eigentümerähnlichen Herrschaft), den er als Fremdbesitz, d. h. unter Respektierung der Eigentümerrechte, ausübte. Ändert der Täter seinen Willen nachträglich dahin, daß er nunmehr entgegen den Eigentumsrechten die alleinige

1) Ausnahme: Hehlerei durch Ansichbringen, die insoweit den Aneignungsdelikten zuzurechnen ist, vgl. oben unter I 4 d

volle Herrschaft ausüben wolle und manifestiert sich dieser Wille in einer geeigneten Handlung, dann begeht er eine Unterschlagung, an deren Tatbestandsmäßigkeit und rechtlicher Selbständigkeit m. E. kein Zweifel besteht¹⁾.

Der von B a u m a n n²⁾ vertretene Grundsatz, es müsse gleich bewertet werden, ob der Täter die durch Betrug erlangte Sache sich sofort oder später zueignet, kann daher in dieser allgemeinen Form nicht anerkannt werden: entweder handelt der Täter von vornherein in Zueignungsabsicht - dann liegt in der betrügerischen Entgegennahme bereits eine Zueignung, die wegen Subsidiarität der Unterschlagung nicht gemäß § 246 bestraft wird (vgl. oben die Ausführungen im ersten Teil); oder der Täter handelt beim Betrug nicht mit Zueignungsabsicht - dann eignet sich der Täter erst später zu³⁾; nach dem von Baumann aufgestellten Grundsatz dürfte auch im letzten Fall nicht wegen der nachfolgenden Unterschlagung bestraft werden. Auch Baumann ist wohl mit dieser Konsequenz nicht einverstanden; offensichtlich hatte er bei der Formulierung seiner Ansicht nur den Fall im Auge, in dem der Täter schon beim Betrug in Zueignungsabsicht handelt.

2.) Fehlende "Manifestation".

a.) Von einer weiteren Betätigung des Herrschaftswillens kann ferner in folgendem Fall nicht die Rede sein⁴⁾: ein Kassenbeamter täuscht die Schuldner über die Höhe ihrer Schuld, legt das zuviel gezahlte mit dem zu Recht gezahlten Geld in die

1) BGH in NJW 1962 S. 116 f; OLG Braunschweig in GA 1954 S. 315; hierher gehören auch die Fälle, in denen eine Hehlerei möglich ist, ohne daß der Hehler mit Zueignungsabsicht handelt (im Gegensatz zur Form des "Ansichbringens"). Ein solcher Fall ist in RGSt 70 S. 7 ff (8) behandelt, wo der Täter zunächst beim Absatz der Diebesbeute für den Dieb mitwirkte und später einen Teil dieser Beute gegen den Willen des Diebes für sich verkaufte.

2) MDR 1959 S. 11 r. Sp.

3) vgl. die in Anm. 1 zitierten Fälle.

4) BGH in NJW 1961 S. 1171 f; RGSt 75 S. 378 ff (380)

amtliche Kasse, um sich die rechnerische Möglichkeit zu verschaffen, den Überschuß für sich zu entnehmen. Im Betrug selbst kann eine Zueignung noch nicht liegen, weil der Täter bei der Entgegennahme des Geldes noch nicht weiß, welche Geldstücke er sich im einzelnen zueignen will; der Zueignungswille muß sich nämlich auf eine ganz bestimmte Sache beziehen¹⁾. Zudem wäre ein etwa vorhandener Zueignungswillen noch nicht nach außen in Erscheinung getreten: der Beamte behandelte das später entnommene zunächst wie das übrige Geld, an dem er sich in keiner Weise strafbar macht. Von einer "Manifestation" des Zueignungswillens kann also in diesem Zeitpunkt noch keine Rede sein. Vielmehr liegt eine Zueignung erst in der späteren Entnahme des Überschußbetrages. Den Täter wegen der hierin liegenden Unterschlagung neben dem vorangegangenen Betrug zu bestrafen, bestehen m. E. keine Bedenken.

B a u m a n n²⁾ weist darauf hin, daß es nicht darauf ankommen dürfe, ob der Kassenbeamte das Geld zunächst zur Kasse bringe oder sofort in die eigene Tasche stecke; wirtschaftlich komme beides auf das gleiche hinaus. Da Baumann der Bestrafung wegen Amtsunterschlagung im ersten Fall zustimmt, kann aus seinem Hinweis nur geschlossen werden, daß er auch im zweiten Fall (in dem der Täter das Geld sofort an sich nimmt) wegen Amtsunterschlagung bestrafen möchte. Dem kann entgegengehalten werden, daß nach der hier vertretenen Ansicht auch im zweiten Fall wegen Amtsunterschlagung bestraft wird, da bereits in der Entgegennahme eine Zueignung liegt, die geeignet ist, den Tatbestand der Amtsunterschlagung zu erfüllen³⁾. Von einer unterschiedlichen strafrechtlichen Behandlung wirtschaftlich gleichliegender Fälle kann also nicht die Rede sein; hierzu kommt es allerdings, wenn man - wie es allgemein geschieht - im zweiten Fall eine Strafbarkeit der in der Entgegennahme liegenden Zueignung nach § 350 ablehnt,

1) Jagusch in LK, Bem. D V 2 vor § 242

2) NJW 1961 S. 1142

3) vgl. oben Teil I unter VI 2 a

sei es wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit der Amtsunterschlagung¹⁾, sei es wegen der Subsidiarität dieses Deliktes gegenüber dem Vermögensdelikt²⁾.

b.) Schließlich fällt folgender Sachverhalt³⁾ nicht in unseren Problemkreis: ein Kassenbeamter, der Zahlungsempfängern unter den Merkmalen des Betrugs zu wenig auszahlt und den zunächst in der Kasse verbleibenden Überschuß später entnimmt und für sich behält, begeht ebenfalls deshalb eine selbständige Amtsunterschlagung, weil sein Zueignungswille sich beim betrügerischen Verhalten nicht manifestiert. Wie in dem zuvor geschilderten Fall schafft sich der Täter durch den Betrug lediglich die rechnerische Möglichkeit, später einen Überschuß der Kasse zu entnehmen. Das überschüssige Geld verbleibt zunächst unberührt und ordnungsgemäß in der Kasse; Eigentumsinteressen (hier: des Staates), die § 246 schützen will, sind noch nicht tangiert, denn eine Änderung der tatsächlichen Position des Eigentümers, wie sie § 246 voraussetzt, ist noch nicht eingetreten. Erst die spätere Entnahme des Überschußbetrages stellt eine Manifestation des Zueignungswillens, d. h. den Tatbestand einer Unterschlagung, dar.

II.) Die Rechtslehre.

In der Rechtslehre wird das Problem um das Verhältnis der Unterschlagung zu einem eventuell vorangegangenen Vermögens- oder Aneignungsdelikt unter dem Begriff der sog. straflosen Nachtat behandelt⁴⁾. Vielfach wird heute vorgeschlagen, den

1) so BGH im Beschluß vom 7. Dezember 1959, Nr. III 4 der Gründe

2) so Bockelmann in JZ 1960 S. 623 1. Sp.

3) RGSt 61 S. 37 ff (38); vgl. zu der vom RG hingenommenen Tateinheit oben S. 50 ff; RGSt 52 S. 163 ff gehört ebenfalls hierher

4) Jagusch in LK § 73 Vorbem. C 4 c, 5; § 246 Anm. 10; § 263 Anm. 12 a; Kohlrausch-Lange, § 73 Vorbem. III 3; v. Olschhausen, § 263 Anm. 56 i II (beta); § 246 Anm. IX; Schöнке-Schröder, § 246 Noten 10 und 33; § 242 Note 85; § 263 Note 145; Schwarz-Dreher, vor § 73 Anm. 6; § 263 Anm. 10 B; Baumann LB S. 524 ff; ders. in MDR 1959 S. 10 ff; Bockel-

bis dahin gebräuchlichen Ausdruck "straflose Nachtat" durch "mitbestrafte oder vorbestrafte Nachtat" zu ersetzen, da er das Wesen der Sache besser erkennen lasse¹⁾. Schwerwiegender als diese terminologischen Differenzen ist die Uneinigkeit, die über Voraussetzungen und Wirkungen der Straflosigkeit der Nachtat sowie über die systematische Stellung innerhalb der Konkurrenzlehre besteht²⁾. Allerdings ist bereits an dieser Stelle die Feststellung von Bedeutung, daß alle Autoren³⁾ in der "straflosen Nachtat" ein den Tatbestand eines Strafgesetzes (wenigstens "formal") erfüllendes Verhalten erblicken. Daraus ergibt sich für den Gang der vorliegenden Untersuchung die Folge, daß zunächst die Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlungen unter dem Gesichtspunkt des § 246 geprüft werden muß, ehe die Frage zu beantworten ist, welche sonstigen Voraussetzungen die "straflose Nachtat" aufstellt und ob diese von den Verwertungshandlungen erfüllt sind. Sollte sich nämlich herausstellen, daß die Verwertung der deliktisch erlangten Sachen gar nicht den Tatbestand der Unterschlagung erfüllt, dann erübrigt sich jede weitere Erörterung der sonstigen Voraussetzungen der "straflosen Nachtat"; die Straflosigkeit der "Nachtat" folgte in diesem Fall aus ihrer Tatbestandslosigkeit.

III.) Die Praxis

Die Rechtsprechung ist nicht einheitlich.

mann JZ 1960 S. 625; Frank, § 74 Anm. V 3 a; § 263 Anm. VI 1 b; Doerr S. 124 (Konsumtion); v. Hippel S. 548, insbesondere Anm. 5 b; Maurach AT S. 607 ff (insbes. S. 610 ff); BT S. 216; Niethammer S. 252; Petters S. 13; Welzel, 6. Aufl., S. 197, 285 (anders in der 8. Aufl., S. 206, 297, in Anschluß an BGH)

- 1) vgl. zum Bsp. Schwarz-Dreher, vor § 73 Anm. 6; vor allen Maurach AT a.a.O.; Welzel S. 206; über die Terminologie vgl. auch Baumann LB S. 524 ff; Frank, § 74 Anm. V 3 a;
- 2) Ein Überblick über die in Literatur und Rspr. vertretenen Meinungen ist bei Becker (S. 3 ff) zu finden; vgl. auch Baumann in MDR 1959 S. 10 ff
- 3) Zu der Ausnahme, die Honig hiervon macht, vgl. unten.

1.) Das ehemalige Reichsgericht.

Das RG gebrauchte zunächst Formulierungen, die einwandfrei auf den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung hindeuten.

Bereits in einem Urteil aus dem Jahre 1884¹⁾ betonte das Gericht, daß zwar "der T a t b e s t a n d der Unterschlagung nicht dadurch ausgeschlossen" werde, daß die Besitzergreifung eine unberechtigte war, nur dürfe sie nicht den Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung begründen; in letzterem Fall hätte also das RG den T a t b e s t a n d der Unterschlagung als ausgeschlossen angesehen.

In dem vielzitierten Rybinsk-Bologoyer-Eisenbahnprioritäten-Fall²⁾ verneinte das RG eindeutig den Tatbestand einer dem Betrug nachfolgenden Unterschlagung, da "der Aneignungswille bereits durch den betrügerischen Besitzerwerb betätigt" wurde; für die Annahme einer Unterschlagung bleibe also "kein Raum". Wenn das RG es auch nicht ausdrücklich sagte, so zeigt doch schon diese Entscheidung, daß das Gericht den Tatbestand der Unterschlagung wegen Fehlens der Zueignung verneinen wollte: es wird als selbstverständlich vorausgesetzt, daß eine Zueignung nicht mehr möglich ist, wenn bereits eine Betätigung der Zueignungsabsicht (in Form eines Deliktes) stattgefunden hat. Insoweit hat das RG also entgegen der Meinung Bockelmann's³⁾ sehr wohl eine Begründung für seinen Satz geliefert, es bleibe "für die Annahme einer Unterschlagung kein Raum".

Genau so wenig gibt eine Entscheidung im 22. Band⁴⁾ Anlaß, daran zu zweifeln, das RG habe damals die Frage als Tatbestands- und nicht als Konkurrenzproblem behandelt. Bockel-

1) RGSt 10 S. 257 ff (261), Hervorhebung im Zitat vom Verfasser.

2) RGSt 15 S. 426 ff (S. 429, Urteil vom 26. April 1887)

3) JZ 1960 S. 623 Anm. 10

4) S. 306 ff (309)

mann¹⁾ belegt seine gegenteilige Ansicht mit dem Satz der Urteilsgründe: "Übrigens wäre auch Realkonkurrenz dieser Delikte durch den Sachverhalt ausgeschlossen". Zur Begründung verweist das RG ausschließlich auf RGSt 15 S. 426. M. E. kann aus dem zitierten Satz nicht der Schluß gezogen werden, das Gericht sei davon ausgegangen, der Tatbestand der Unterschlagung sei erfüllt; denn der Satz sagt nichts über die Gründe, warum die Delikte nicht real konkurrieren; das kann allerdings daran liegen, daß die Realkonkurrenz nur eine scheinbare (unechte) ist; es kann aber auch seinen Grund darin haben, daß der Tatbestand der Unterschlagung nicht gegeben ist und daher jede Konkurrenz (ob echt oder unecht) von vornherein ausscheidet. Für die letztere Möglichkeit spricht die Bezugnahme auf die Entscheidung im 15. Band, denn hier ließ das RG eine Konkurrenz ausdrücklich am Fehlen der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung scheitern (s. o.).

Auch in der Folgezeit verneinte das RG die Strafbarkeit der Unterschlagung wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit:

In der Entscheidung vom 28. September 1909²⁾ heißt es unzweideutig: "Auch eine spätere, weitere Betätigung der Aneignungsabsicht - zum Bsp. durch Verbrauch des Geldes - würde den T a t b e s t a n d³⁾ einer Unterschlagung nicht verwirklichen können", nachdem vorher festgestellt worden war, daß "die in der Entgegennahme der Beträge liegende Betätigung der Aneignungsabsicht" den Tatbestand der Unterschlagung nicht erfüllen könne. Für eine "nochmalige - fernere - Aneignung" bleibe "begrifflich kein Raum"⁴⁾.

1) a. a. O.

2) RGSt 42 S. 420 ff (insbes. 422)

3) Hervorhebung vom Verfasser

4) Die anschließenden Ausführungen des Urteils tun der Klarheit der Entscheidung allerdings erheblich Abbruch; wenn es dort heißt, die Verurteilung wegen Untreue ergreife und erledige m.a.W. (!) ... die Strafbarkeit der Zueignung überhaupt, so klingt hier bereits stark der Gesichtspunkt der sog. straflosen Nachtat an.

Nach der Entscheidung vom 6. November 1911¹⁾ "konnte die Sache nicht noch einmal Gegenstand der rechtswidrigen Zueignung für den Angeklagten werden", falls der Angeklagte den Besitz der Sache durch Unterschlagung oder Diebstahl erlangt hatte. Am 30. Mai 1919²⁾ entschied das Gericht, daß es "begrifflich ausgeschlossen" erscheine, "von der nachträglichen Unterschlagung einer Sache zu reden, die der Besitzer sich vorher schon durch eine strafbare Handlung angeeignet hatte"; nachdem festgestellt worden war, daß "die Absicht von Hause aus darauf" ging, "sich mit dem Besitz zugleich die unbeschränkte wirtschaftliche Verfügung über das Geld zu verschaffen und es sich so zuzueignen", wird die Folgerung gezogen, daß "in der späteren Verfügung hierüber nicht der Tatbestand einer selbständigen Unterschlagung erblickt" werden könne. Wenn das RG auch hier von einer "selbständigen" Unterschlagung spricht und so möglicherweise den Tatbestand einer "unselbständigen" Unterschlagung als gegeben ansieht, so spricht doch die Argumentation im übrigen eindeutig dafür, daß das RG die Tatbestandsmäßigkeit wegen fehlender Zueignungshandlung ausschließen wollte. Im Urteil vom 30. Mai 1924³⁾ führte das RG ebenfalls eindeutig aus, daß, wenn sich der Angeklagte die Sachen durch die Verpfändung "endgültig zugeeignet" habe, "damit für eine weitere, an den gleichen Sachen durch erneute Verpfändung begangene Zueignung und damit für die Annahme einer erneuten Unterschlagung kein Raum mehr" sei⁴⁾. Das gleiche gilt für das Urteil vom 12. Januar 1925⁵⁾: Unterschlagung erfordere, daß der Täter die Sache bereits im Besitz oder Gewahrsam habe; für eine der Gewahrsamerlangung nachfolgende Zueignung sei "aber kein Raum mehr, wenn der Täter die Sache mit der Absicht, sie sich rechtswidrig zuzueignen, schon durch betrügerisches Verhalten

1) GA 59 S. 449

2) GA 68 S. 280/281 (=DJZ 1920 Sp. 153/154)

3) JW 1924 S. 1435/36

4) Köhler hat dieser Entscheidung a.a.O. S. 1435 zugestimmt.

5) JR Rspr. 1925 Nr. 119 = LZ 1925 Sp. 486 = DJZ 1925 Sp. 491 f

in sein Vermögen gebracht" habe.

Noch im Jahre 1926 begründete das RG die Strafflosigkeit der Verwertungshandlung mit der mangelnden Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung. Im Urteil vom 8. März 1926¹⁾ wiederholte der III. Senat die Argumente, die er schon in seinem o. a. Urteil vom 12. Januar 1925 vorgebracht hatte. Derselbe Senat führte in einem weiteren Urteil des Jahres 1926²⁾ aus: "Was der Täter durch sein Tun bereits erlangt hat, kann er sich nicht mehr zueignen. Strafbare Willensbetätigungen an oder mit der Sache nach dieser Richtung sind b e g r i f f l i c h ausgeschlossen". Begrifflich bedeutet nichts anderes als tatbestandsmäßig³⁾. Schließlich sei noch die Entscheidung des II. Senates vom 7. Januar 1926⁴⁾ erwähnt, in der es heißt, daß für eine dem Betrug "nachfolgende Zueignung durch Unterschlagung kein Raum" bleibe, falls der Beamte von vornherein beabsichtige, das durch Täuschung erlangte Geld für sich zu behalten.

Nach 1926 ist - soweit ersichtlich - keine Entscheidung des RG ergangen, die sich eindeutig für den tatbestandsmäßigen Ausschluß der Unterschlagung ausspricht. Allerdings kann man auch nicht von einem konsequenten Meinungsumschwung des Jahres 1926 sprechen, denn bereits am 11. Juli 1925 hatte der III. Senat⁵⁾ ausgeführt, eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung setze voraus, "daß er (Täter) sich nicht auf strafbare Weise in dessen Besitz gesetzt hatte, also mit der Inanspruchnahme nicht bloß eine straflose Nachtat zu einem früheren Vergehen beging". Im Urteil vom 23. März 1922⁶⁾ hatte das

1) "Recht" 1926 S. 296 Nr. 976

2) RGSt 60 S. 371 ff (372), Hervorhebung vom Verfasser.

3) Die Entscheidung ist insoweit inkonsequent, als sie trotz dieser klaren Ausführungen, die auf Tatbestandsausschluß hindeuten, die Grundsätze der "straflosen Nachtat" heranzieht.

4) "Recht" 1926 S. 122 (Nr. 336)

5) DJZ 1926 Sp. 238/239

6) RGSt 57 S. 42 ff

RG - allerdings nicht der III. sondern der IV. Senat - beide Meinungen vertreten: auf Seite 43 (unter Nr. 3a) führt er aus, "wenn auch die Tat, durch die eine rechtswidrig erlangte Sache verwertet wird, als Nachtat straflos bleibt, so ist sie doch als eine Fortsetzung der strafbaren Betätigung des Aneignungswillens für das Strafrecht erheblich, so daß die Teilnahme eines anderen an ihr rechtlich als Beihilfe zu beurteilen ist". Teilnahme ist nur an einer mindestens tatbestandsmäßigen Handlung möglich, so daß das RG die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung mittelbar bejaht. A. E. der Entscheidung verneint das Gericht die Möglichkeit einer Teilnahme für den gleichen Fall mit der Begründung: "Wenn Tr. von ihnen die Filme auf strafbare Weise erlangte, so konnte er nicht hinterher durch die Weiterveräußerung Unterschlagung begehen und es konnte eine Beihilfe zu einer solchen Unterschlagung nicht in Frage kommen."

Das - soweit ersichtlich - erste Urteil des RG (III. Senat), das eine nach einem Betrug begangene Unterschlagung ausdrücklich unter dem Gesichtspunkt der straflosen Nachtat behandelt, war sogar schon am 3. März 1919 ergangen¹⁾. Es wird allerdings lediglich (negativ) festgestellt, daß Unterschlagung in Form einer straflosen Nachtat nicht gegeben sei, weil Betrug und Unterschlagung gegen das Vermögen verschiedener Personen gerichtet seien. In Wahrheit handelt es sich hier um einen der oben aus diesem Problemkreis ausgeschiedenen Fälle: durch die betrügerische Entgegennahme manifestiert der Täter noch nicht seine Zueignungsabsicht, da er das Geld zunächst ordnungsgemäß der Gesellschaftskasse zuführte. Die spätere Entnahme der Gelder aus der Kasse stellt die erstmalige Betätigung des den Eigentümer ausschließenden Herrschaftswillens dar; von einer nochmaligen Zueignung kann also keine Rede sein.

1) "Recht" 1919 Nr. 1017: der bevollmächtigte Geschäftsführer einer Gesellschaft entnimmt der Gesellschaftskasse Gelder, die er zuvor der Kasse durch Betrug zugeführt hatte, und zwar in der Absicht, sie demnächst aus dieser sich anzueignen.

In seiner Entscheidung vom 2. März 1928¹⁾ gibt das RG (I. Senat) zum ersten Mal die Gründe dafür an, warum nicht der Tatbestand der Unterschlagung ausgeschlossen, sondern eine straflose Nachtat gegeben sei. Es beruft sich dabei auf Entscheidungen im 39.²⁾ und 48.³⁾ Band sowie auf das zuletzt angegebene Urteil im 57. Band und führt aus, die Veräußerung der betrügerisch erlangten Sachen bilde keine neue selbständig strafbare Handlung, sondern sei eine sogenannte straflose Nachtat. Die Veräußerung entbehre aber trotz ihrer Straflosigkeit nicht der strafrechtlichen Bedeutung überhaupt, sondern sei eine Weiterführung und Verstärkung des Eingriffs in das Eigentumsrecht; sie sei zwar nicht als eine eigene und selbständige Tat strafbar, stehe jedoch im Zusammenhang mit der vorher liegenden betrügerischen Erlangung und bilde einen Bestandteil des strafbaren Gesamtaktes des Angeklagten, so daß die Nachhandlung von der Strafe mitumfaßt werde, die für die Begehung der ersten Tat auszusprechen sei. Der III. Senat erläßt gleichzeitig ein Urteil⁴⁾, in dem er zwar auch die Verwertungshandlung als "straflose Nachtat" bezeichnet; die Begründung für die Straflosigkeit weicht aber wesentlich von der des I. Senats ab. Wenn es im Urteil des III. Senates heißt, für "eine nochmalige Zueignung würde dann kein Raum mehr gewesen sein", dann greift das Gericht damit auf Formulierungen zurück, die den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit begründen und im Widerspruch zu dem Begriff der "straflosen Nachtat" stehen⁵⁾. Den gleichen Widerspruch enthält das Urteil vom 25. Mai 1938⁶⁾, wo es einerseits heißt: "Die Aneignung des Geldes hatte in strafrechtlicher Beziehung bereits mit der

1) RGSt 62 S. 61 ff (62)

2) S. 244

3) S. 290

4) HRR 1928 Nr. 1538

5) vgl. Bockelmann JZ 1960 S. 623 Anm. 10

6) JW 1938 S. 2337 (II. Sen.)

Vollendung der Untreue durch die Einziehung der Forderung stattgefunden" und andererseits gesagt wird "Unterschlagung seitens des Angeklagten wäre nur straflose Nachtat".

Im übrigen behandelte das RG die Verwertung einer durch ein Vermögensdelikt erlangten Sache ausschließlich unter dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat"¹⁾. Eine Begründung, die über den bloßen Hinweis auf dieses Institut hinausgeht, gibt das Gericht nur selten. Gelegentlich gebraucht es die Formel, durch die weitere Betätigung des Zueignungswillens könne sich der juristische Charakter der strafbaren Handlung nicht ändern²⁾. Dieser, den Motiven³⁾ entnommene Satz kann nicht dazu herangezogen werden, die Strafbarkeit einer Verwertungshandlung nach § 246 auszuschließen. Um den Sinn der Motivstelle zu erfassen, ist es erforderlich, deren vollständigen Wortlaut zu lesen:

"Der Entwurf hat es vermieden, näher zu bestimmen, in welcher Weise der Täter den Besitz an der unterschlagenen Sache erworben habe, insbesondere auch den Besitzerwerb nur negativ als einen solchen zu bezeichnen, welcher nicht in unrechtmäßiger oder wenigstens nicht in dieblicher Weise erlangt worden. Es ist eine solche Bestimmung für unnötig erachtet worden, weil in den Fällen, in welchen der Besitzerwerb selbst schon den Tatbestand eines anderen Vergehens bildet, die Strafbarkeit der Handlung bereits hierdurch festgestellt ist und der juristische Charakter der letzteren sich nicht nachträglich wieder ändern kann."

Die Stelle behandelt eindeutig nur die strafrechtliche Bedeutung des Erwerbsaktes, von dem sie sagt, daß sein juristischer Charakter sich nicht nachträglich ändern könne. Ihr kann dagegen nichts über den juristischen Charakter einer dem Besitzerwerb nachfolgenden Verwertungshandlung entnommen werden, insbesondere nicht, ob diese nach § 246 be-

1) vgl. insbesondere RGSt 67 S. 70 ff (hier: S. 76/77); ferner JW 1933 S. 2287 f (2288); RGSt 68 S. 204 ff (209); JW 1934 S. 906/907; RGSt 73 S. 6 ff (7); HRR 1941 Nr. 463

2) vgl. zum Bsp. RGSt 39 S. 244; auch die Entscheidung Bd. 15 S. 428 setzte sich mit dem Satz auseinander.

3) S. 76

straft werden kann.

2) Der BGH und andere Gerichte.

Der B G H (4. Senat) macht in einem Urteil vom 16. Oktober 1952¹⁾ Ausführungen, die den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung andeuten: der Täter müsse die Sache im Gewahrsam haben, bevor er sie sich zueignet; das treffe nicht zu, wenn er den Gewahrsam durch eine strafbare Handlung mit dem Willen erlangt habe, sich die Verfügungsmöglichkeit über die Sache zu verschaffen, weil er durch diese Tat zugleich die Absicht rechtswidriger Zueignung kund getan habe. Eine Unterschlagung sei sodann *a u s g e - s c h l o s s e n*. Von der Verwertungshandlung als "strafloser Nachtat" ist in dem Urteil keine Rede.

Trotzdem beruft sich derselbe Senat in einer Entscheidung vom 8. Oktober 1953²⁾ auf sein vorerwähntes Urteil, um zu begründen, daß jede weitere Betätigung des Zueignungswillens nach einem Betrug "straflose Nachtat" sei. Was darunter zu verstehen sei und worauf die Straflosigkeit beruhe, führt der Senat im Urteil vom 24. Mai 1956³⁾ aus: zunächst soll eine straflose Nachtat nicht gegeben sein, wenn der Täter erst später den Entschluß zur Verwertung faßte; hatte der Täter diese Absicht aber schon bei Begehung des Betrugs, dann würde "das weitere Unrecht, das er gegenüber der Eigentümerin durch die spätere Sicherungsübereignung beging, ... durch die Verurteilung wegen Betrugs mit abgegolten".

Der I. Senat formuliert ähnlich in seinen Urteilen vom 9. Januar 1953 und 24. März 1955⁴⁾.

1) NJW 1953 S. 33 = LM Nr. 3 zu § 350

2) NJW 1953 S. 1924 = LM Nr. 4 zu § 350

3) GA 1957 S. 147

4) BGHSt 3 S. 370 ff (372 letzter Absatz); GA 1955 S. 271 ff (272)

Während die zuletzt zitierten Urteile des BGH also die Strafbarkeit von Verwertungshandlungen unter dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat" ausschließen und als Grund die Mitabgeltung des in den Verwertungshandlungen liegenden Unrechts durch die Bestrafung der Vortat angeben, kommt dieser Gedanke der Mitabgeltung in anderen Entscheidungen nicht zum Ausdruck, obwohl auch hier als Begründung der Straflosigkeit der Verwertungshandlung der Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat" angeführt wird.

In einem Urteil des II. Senats¹⁾ heißt es lediglich: "Der Angeklagte hob die Gelder bereits in der Absicht ab, sich einen Teil der Beträge anzueignen. Damit war die Untreuehandlung vollendet... Die Aneignung des Geldes war in diesem Fall straflose Nachtat." Ebenso kurz begründet der III. Senat²⁾, warum nicht wegen Unterschlagung besonders verurteilt werden konnte: "Eine schon bei Beginn der Untreuehandlung geplante Zueignung wird in der Rechtsprechung des BGH bisher nur als Ausnutzung des schon auf strafbare Weise erlangten Vermögensvorteils angesehen."

Schließlich sei aus der neueren Rechtsprechung ein Urteil des OLG Hamm³⁾ erwähnt, das unter Berufung auf die angegebenen RG-Entscheidungen im 62. und 67. Band die Tatbestandsmäßigkeit der einem Betrug nachfolgenden Unterschlagung bejaht und sogar wegen Unterschlagung bestraft hat, weil der Betrug nicht nachweisbar war; die dem etwaigen Betrug nachfolgenden Verwertungshandlungen seien deswegen nicht strafrechtlich bedeutungslos, weil die Angeklagte "den bereits durch den Betrug begonnenen Eingriff in das Eigentum durch ihr nunmehriges Tun weiterführte und verstärkte."

3.) Der Beschluß des BGH vom 7. Dezember 1959

1) BGHSt 6 S. 315 ff (316)

2) BGHSt 8 S. 254 ff (260 Nr. 3) = NJW 1956 S. 151 ff (153)

3) JMBL. NRW 1955 S. 236

Der Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 7. Dezember 1959 dürfte dieser Rechtsprechung für die Zukunft einen Riegel vorgeschoben haben. Die Entscheidung mag insofern Rechtslehre und Praxis überrascht haben¹⁾, als der Große Senat die Straflosigkeit der Verwertungshandlung nicht aus dem Prinzip der "straflosen Nachtat", sondern wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung (und damit der Amtsunterschlagung) bejahte, während das Problem heute ausnahmslos unter dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat", d. h. als Konkurrenzproblem behandelt wird. Der BGH konnte sich dabei auf die ältere, oben erläuterte Rechtsprechung des RG berufen; er verneint den Tatbestand der Unterschlagung wegen fehlender Zueignung, die "dem Wortsinn nach Herstellung der Herrschaft über die Sache oder erstmalige Verfügung über sie, nicht bloße Ausnutzung dieser Herrschaftsstellung" sei; Zueignung sei "die (schuldhafte und strafbare) Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluß des Berechtigten." Darüber hinaus glaubt der BGH auch hier den Ausschluß der Tatbestandsmäßigkeit aus dem "Sinnzusammenhang der Tatbestände" herleiten zu können. Jeder Dieb, Räuber, Betrüger oder Erpresser nehme regelmäßig mit seiner Beute Handlungen vor, "die sich nach bereits vollzogener Zueignung als weitere Äußerung seines Herrschaftswillens darstellen."

IV.) Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung nach § 246

Bisher sind Verwertungshandlungen in der Lehre - wie gesagt - ausnahmslos den Regeln über die "straflose Nachtat" unterstellt worden. Damit anerkennt die Literatur in den Verwertungshandlungen eine tatbestandsmäßige Unterschlagung,

1) vgl. die ablehnenden Besprechungen der Entscheidung von Baumann in NJW 1961 S. 1141 f, Bockelmann in JZ 1960 S. 621 ff, und Schröder in JR 1960 S. 309; ohne Kritik übernommen wurde die Entscheidung von Welzel LB S. 206; 297; aber nicht konsequent durchgeführt, vgl. S. 319 (V 2), S. 329 (C I 2): "straflose Nachtat"

denn es bedürfte nicht der Heranziehung der Regeln der "straflosen Nachtat", um die Straflosigkeit einer nicht tatbestandsmäßigen Handlung zu begründen¹⁾. Hieraus wurde bereits oben gefolgert, daß die Verwertungshandlungen zunächst auf ihre Tatbestandsmäßigkeit hin zu untersuchen sind.

Auf unseren Problemkreis zugeschnitten geht die Frage dahin, ob eine Betätigung des Herrschaftswillens nach einem Aneignungsdelikt oder einem solchen Vermögensverbrechen, das mit Zueignungswillen begangen wurde und deshalb bereits eine Zueignung enthält, den Tatbestand der Unterschlagung wenigstens formell erfüllt.

Tatbestandliche Schwierigkeiten, die im ersten Teil dieser Untersuchung dadurch entstanden, daß § 246 voraussetzt, daß der Täter die Sache "in Besitz oder Gewahrsam hat", bestehen hier nicht: durch das vorangegangene Delikt hat sich der Täter den Gewahrsam verschafft, sei es, indem er sich die Sache aushändigen ließ (Betrug, Erpressung, Hehlerei), sei es, indem er die Sache wegnahm (Diebstahl, Raub). Auch bei enger Auslegung ist dem Gewahrsamsmoment des § 246 genügt.

Ebensowenig kann hier - im Gegensatz wiederum zu der analogen Frage im ersten Teil - zweifelhaft sein, daß der Tatbestand der Unterschlagung entfällt, wenn der Täter wirksam Eigentum an der Sache erworben hat: damit ist sie für ihn nicht mehr "fremd", wie § 246 voraussetzt²⁾.

1) Jagusch in LK, § 73 Vorbem. C 4 c und C 5 (unklar daher der Satz: "meist wären sie Zueignungsakte..."); Kohlrausch-Lange, § 73 Vorbem. III 3; Schönke-Schröder, § 73 Vorbem. Note 66 f; Schwarz-Dreher, vor § 73 Anm. 6; Baumann LB S. 516 ff; Bockelmann JZ 1960 S. 621 ff; Maurach AT S. 610; Sauer S. 241 Nr. 3 (ebenfalls unklar: einerseits spricht er von der Verwertungstat als außertatbestandlicher Ausführung oder Nutzbarmachung, andererseits unterstellt er den Fall der Konsumtion, bejaht also die Tatbestandsmäßigkeit); Welzel (6. Aufl.) S.197; zur Meinung Honig's vgl. unten!

2) Beisp.: der Täter veranlaßt sein Opfer durch Täuschung, ihm eine Sache zu übereignen. Solange der Getäuschte die

Problematisch ist allerdings, ob der Täter nach Begehung eines Delikts, das selbst den Zueignungswillen bereits manifestiert, noch Zueignungshandlungen an oder mit der fremden beweglichen Sache vornehmen kann, m. a. W. ob er das Tatbestandsmerkmal "sich zueignen" des § 246 erfüllen kann.

Im ersten Teil hatte sich gezeigt, daß jedes Aneignungsdelikt sowie alle Vermögensverbrechen, die eine fremde bewegliche Sache zum Gegenstand haben und mit Zueignungswillen begangen werden, eine Zueignung enthalten. Bejaht man den Tatbestand einer Unterschlagung, die einem solchen Delikt nachfolgt, dann bejaht man damit auch die Frage, ob eine Zueignung in Bezug auf dieselbe Sache wiederholt werden kann; die Unterschlagung, die in der Verwertungshandlung gesehen würde, enthielte nämlich dann die zweite Zueignungshandlung bezüglich derselben Sache.

- 1.) Fälle, in denen die Zueignung ohne Zweifel wiederholt werden kann.

Von einer wiederholten Zueignung könnte man auch in Fällen sprechen, in denen der Täter die quasi-Eigentümerstellung zu der zugeeigneten Sache verloren oder aufgegeben hat und sich diese Stellung dann erneut anmaßt. Einen solchen Fall enthält eine RG-Entscheidung im 50. Band¹⁾, in der eine Sache, die zunächst unterschlagen worden war, später Gegenstand eines Diebstahls sein konnte, weil die Täter der Unterschlagung ihre quasi-Eigentümerstellung zunächst aufgegeben hatten, indem sie die Sache in den Gewahrsam eines Dritten verbrachten. Hier bejahte das RG mit Recht die Möglichkeit eines späteren Diebstahls und damit einer nochmaligen Zueignung dieser Sache durch dieselben Täter.

Übereignung nicht wegen arglistiger Täuschung anfecht, ist die Sache für den Betrüger trotz der Rückwirkung der Anfechtung nicht fremd im Sinne des § 246 (Jagusch in LK, Bem. B VII 1 vor § 242).

1) S. 46 ff

Völlig unproblematisch ist der Fall, in dem der Eigentümer die zugeeignete (= gestohlene, geraubte, unterschlagene, erschwindelte etc.) Sache wiedererlangt und derselbe Täter dieselbe Sache erneut deliktisch mit Aneignungsvorsatz an sich bringt.

Die Frage nach der Wiederholbarkeit der Zueignungshandlung muß folglich, damit die Problematik klarer herausgestellt wird, dahin gehen, ob ein Täter nach Vornahme einer Zueignungshandlung weitere Zueignungshandlungen in Bezug auf dieselbe Sache begehen kann, ohne daß seine quasi-Eigentümerstellung unterbrochen war.

2.) Die Wiederholbarkeit der Zueignung in der Rechtsprechung.

Wie bereits oben angedeutet, hat die Rechtsprechung - soweit sie die Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlungen verneinte - der Sache nach die Unterschlagung deshalb verneint, weil sie eine Wiederholung der Zueignung nicht für möglich hielt; zunächst wird jeweils untersucht, ob der Täter bei dem ersten Delikt bereits mit dem Willen gehandelt hat, die volle Verfügungsgewalt unter Ausschluß des Eigentümers zu erlangen; die Möglichkeit einer hierin liegenden Unterschlagung wird von vornherein mit dem Hinweis abgetan, § 246 setze Vorzeitigkeit der Gewahrsamerlangung gegenüber der Zueignungshandlung voraus. Sodann wird der Tatbestand einer in der Verwertungshandlung liegenden Unterschlagung verneint, weil für eine nochmalige Zueignung kein Raum mehr sei. Die Gerichte haben zwar - soweit ersichtlich - nicht ausdrücklich¹⁾ die Frage nach der Wiederholbarkeit

1) In der bereits zitierten Entscheidung im 60. Band hat das RG allerdings ausdrücklich gesagt, daß ein Verhalten nur dann Zueignungshandlung sein könne, wenn noch keine Zueignung stattgefunden habe. S. 372: "...scheiden alle weiteren Handlungen des Täters aus, die außerhalb des Bereichs dessen liegen, was lediglich Zueignung sein würde, wenn diese nicht schon durch sein vorangegangenes Tun erfolgt wäre." Zu der Entscheidung Bd. 76 S. 131 ff, in der das RG von "zweimaliger Zueignung" spricht, vgl. unten.

der Zueignung gestellt; auch der BGH macht in seinem Beschluß vom 7. Dezember 1959 hiervon keine Ausnahme. Aus den gebrauchten - oben zitierten - Formulierungen geht aber unzweideutig hervor, daß die Frage konkludent verneint wird. Die von Bockelmann¹⁾ aufgestellte Behauptung, der BGH wolle "denn auch seine These, daß die Verwertungshandlung den Tatbestand der Unterschlagung nicht verwirklichen könne, wohl nicht auf die Annahme gründen, daß sich die Zueignung nur einmal ausführen lasse", findet in den Gründen des Beschlusses keine Stütze. Der BGH hätte andernfalls keine Veranlassung gehabt zu betonen: Zueignung sei "H e r s t e l l u n g der Herrschaft über die Sache oder e r s t m a l i g e Verfügung über sie"²⁾, oder es sei "nicht angängig, diesem eigentlichen und rechtlich wesentlichen Zueignungsakt spätere Herrschaftsbetätigungen im Gefolge der Zueignung gleichzustellen"; oder "nachträgliche Äußerungen des Herrschaftswillens nach der Zueignung sind also in der Regel tatbestandlich bedeutungslos"; oder schließlich: "Der Täter eignet sich mit Hilfe der erschlichenen Vermögensverfügung die Gelder zu; weitere 'Zueignungshandlungen'³⁾ sind tatbestandlich.... ohne Belang..."

3.) Die Wiederholbarkeit der Zueignung in der Lehre.

In der Literatur ist die Frage der Wiederholbarkeit der Zueignung bisher von B e c k e r⁴⁾, D r e h e r⁵⁾, J a - g u s c h⁶⁾, S a u e r⁷⁾ sowie S c h n e i d e r⁸⁾ behandelt

1) JZ 1960 S. 624 1. Sp. letzter Absatz

2) Hervorhebung vom Verfasser

3) Anführungszeichen vom BGH!

4) S. 52

5) Niederschriften... S. 52 und insbes. S. 57

6) LK Bem. D V 1 und D VII vor § 242

7) GA 63 S. 288 und insbes. S. 292; im Anschluß an Sauer: Zimmer S. 108

8) MDR 1956 S. 337 vorletzter Absatz und Anm. 10

und für den hier interessierenden Fall verneint worden. Honig¹⁾ stellt - ebenso wie Becker - die Frage nicht ausdrücklich nach der Wiederholbarkeit der Zueignung; die Tatsache, daß beide den Tatbestand der Unterschlagung bei der Verwertungstat verneinen, beweist aber, daß sie eine Wiederholbarkeit der Zueignung ablehnen.

Zu den Befürwortern der Wiederholbarkeit der Zueignung müssen zunächst alle diejenigen gezählt werden, die die Verwertungshandlungen unter die Regeln der sogenannten straflosen Nachtat stellen. Eine Ausnahme macht allerdings Honig, der zwar den Tatbestand der Unterschlagung wegen Nichtwiederholbarkeit der Zueignung verneint, die Verwertungshandlung dennoch als "straflose Nachtat" bezeichnet, da der Begriff "auch hier bereits eingebürgert" sei²⁾. Alle übrigen Autoren betrachten die Frage als Konkurrenzproblem in Form der "straflosen Nachtat", bejahen also die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung und damit die Möglichkeit, eine Zueignung zu wiederholen.

4.) Die Meinung Bockelmann's.

B o c k e l m a n n, der ebenfalls die Verwertungshandlung als "straflose Nachtat" behandelt wissen will, geht als einziger Vertreter dieser Lehre auf das Problem ein. In der Diskussion über die Neugestaltung des Unterschlagungstatbestandes³⁾ gibt er als Grund für die Wiederholbarkeit an, sich zueignen bedeute nicht etwa, daß der Täter durch den ersten Zueignungsakt Eigentümer werde; solange er nicht Eigentümer sei, könne er sich die Sache immer wieder zueignen. An anderer Stelle⁴⁾ vertieft Bockelmann seine Begründung, indem er ausführt: Zueignung sei Enteignung und Aneignung;

1) S. 110

2) S. 112

3) Niederschriften... S. 54

4) JZ 1960 S. 624

die Enteignung bestehe in der Verdrängung des Eigentümers aus seinem Eigentumsrecht oder doch aus dem tatsächlichen Verhältnis zu der Sache; Aneignung sei Begründung eines entsprechenden Verhältnisses für den Täter. Die Wiederholbarkeit der Enteignung ergebe sich daraus, daß seine Lage durch wiederholte Betätigungen des Zueignungswillens noch verschlechtert werden könne. Solch eine Verschlechterung finde regelmäßig dann statt, wenn der Aneignungsakt wiederholt werde. Daß die Wiederholung der Aneignung möglich sei, könne nicht zweifelhaft sein. Sie geschehe zum Bsp. durch Erhöhung des Intensitätsgrades der Herrschaft, etwa durch Veräußerung der gestohlenen Sache. Die Aneignung werde aber auch dann wiederholt, wenn der Täter, der sich eine Sache gutgläubig zueignet habe, nach Aufklärung über seinen Irrtum die Sache gleichwohl zu behalten beschließe und diesen Willen manifestiere. Im übrigen macht Bockelmann ein "dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis" für die Wiederholbarkeit der Zueignung geltend.

5.) Stellungnahme zu diesen Ausführungen.

Dem Ergebnis, das Bockelmann für das zuletzt gebrachte Beispiel ("gutgläubige Zueignung") aufzeigt, ist ohne Einschränkung zuzustimmen. Es beruht jedoch nicht auf der Wiederholbarkeit einer strafrechtlichen Zueignung. Im gutgläubigen Erwerb der gestohlenen Sache liegt nämlich noch keine Zueignungshandlung, wie sie § 246 voraussetzt, weil dem Täter der hierzu erforderliche Zueignungsvorsatz fehlt¹⁾; die Manifestation des Willens, die "erworbene Sache" nach Aufklärung des Irrtums zu behalten, ist folglich erstmalige Zueignung und daher selbstverständlich als Unterschlagung strafbar.

Ebensowenig kann Bockelmann seine Ansicht auf das Wesen der Zueignung stützen, das aus Enteignung und Aneignung bestehe. Zwischen Enteignung und Zueignung besteht folgende Beziehung:

1) vgl. dazu oben Teil I unter I 2

nicht jede Zueignung setzt eine vorhergegangene Enteignung durch denselben Täter voraus. Hat einmal eine Enteignung stattgefunden, dann ist eine Zueignung durch bloßes Aneignen möglich, solange der Eigentümer nicht wieder die seinem Eigentum entsprechende Stellung erlangt hat, Beispiel: Diebstahl einer gestohlenen Sache, die der erste Dieb noch im Gewahrsam hat. Dem Eigentümer war bereits vor dem zweiten Diebstahl die tatsächliche Verfügungsgewalt entzogen, der zweite Dieb brauchte dies nicht erst zu bewirken; er eignet sich die Sache zu, indem er eine quasi- Eigentümerstellung der Sache zu seiner Person begründet, d. h., sie sich aneignet^{1) 2)}. Nur in den Fällen, in denen die Sache Gegenstand mehrerer Aneignungen durch jeweils verschiedene Täter ist, trifft die Behauptung Bockelmann's zu, es könne nicht zweifelhaft sein, daß Aneignungsakte wiederholbar seien.

Sein Hauptargument erblickt Bockelmann offenbar darin, daß der Täter durch die der Zueignungshandlung nachfolgenden Akte die Lage des Eigentümers noch verschlechtere, indem er den Intensitätsgrad seiner Herrschaft über die Sache erhöhe. Daß die Lage des Eigentümers durch weitere Handlungen noch verschlechtert werden kann (nicht muß), ist nicht zu bestreiten. Damit ist aber nicht der Beweis für das Vorliegen einer Zueignung erbracht, denn nicht jede Verschlechterung der Eigentümerposition stellt schon eine Zueignung dar. Überhaupt sollte man davon absehen, die Verschlechterung der Eigentümerstellung in jedem konkreten Fall als für die Zueignung wesentlich in den Vordergrund zu stellen. Gewiß kann nicht geleugnet werden, daß § 246 die Eigentümerpo-

-
- 1.) Binding I S. 271 drückt das sinnfällig aus: "er gibt der Machtlosigkeit des Eigentümers nur eine neue causa, er novirt das Verhältnis."
 - 2.) Einen in diesem Punkt gleichliegenden Fall behandelt die RG-Entscheidung Band 50 S. 46 ff: zur Zueignung im Rahmen des Diebstahls bedurfte es keiner erneuten Enteignung, da der Eigentümer seine Stellung noch nicht wiedergewonnen hatte; Aneignung war erforderlich und möglich, da die zunächst begründete quasi-Eigentümerstellung der Delinquenten wieder aufgehoben worden war, vgl. oben unter IV 1

sition schützen soll. Das geschieht aber nicht in der Weise, daß er tatbestandlich eine Verschlechterung der Eigentümerstellung voraussetzt oder gar genügen läßt. Es sind vielmehr umgekehrt Fälle denkbar, in denen eine strafbare Zueignung zu bejahen, eine Verschlechterung der Eigentümerstellung jedoch zu verneinen ist. Beispiel: jemand verliert das Interesse an einer unterschlagenen Sache und wirft sie weg, und zwar so, daß sie für jedermann und erst recht für den Eigentümer unauffindbar ist. Später nimmt der Täter die Sache erneut an sich, weil er sie wieder benötigt, eignet sie sich also nochmals zu. Die Position des Eigentümers ist durch die zweite Zueignung eher verbessert als verschlechtert worden, da die Chance, die Sache wieder zu erlangen, größer geworden ist.

Bockelmann erkennt, daß die Zueignung einen ganz bestimmten Zustand schafft¹⁾: sie beraubt den Eigentümer seiner aus dem Eigentum fließenden Herrschaftsstellung, während sie dem Täter diese Stellung (wenigstens in ihrer tatsächlichen Auswirkung) einräumt. Ist dieser Zustand einmal hergestellt, dann sind weitere Handlungen, die auf Herstellung desselben Zustandes gerichtet sind, nicht nur sinnlos sondern gar nicht denkbar; ein bereits hergestellter Zustand kann nicht mehr hergestellt werden, es sei denn der ("erste") Zustand wird vor der zweiten Handlung beseitigt. Auf die Zueignung übertragen bedeutet das: mit der erstmaligen Manifestation des Herrschaftswillens ist die Zueignung vollendet. Weitere Akte - und seien sie auch noch so sehr als Zueignungsakte geeignet, würde man einmal von der vorangegangenen Zueignung absehen - können diese Zueignung nicht "vollendeter" gestalten, eine Steigerung dieses Adjektivs ist nicht möglich: Bockelmann weist selbst darauf hin, daß unter Umständen durch die Zueignung das Eigentum des bisher Berechtigten verloren gehen kann (vgl. §§ 946 ff BGB; Verbrauch, der die Sache untergehen läßt; nicht hierher gehört dagegen der anfechtbare Eigentumsübergang gemäß § 929 BGB im Rahmen eines

1.) Hierauf weist auch Schneider a. a. O. hin.

Sachbetrugs!)). Eine nochmalige Zueignung dieser Sachen ist von vornherein ausgeschlossen, sei es, weil sie nicht mehr vorhanden, sei es, weil sie für den Täter nicht mehr fremd sind. Es ist kein Grund ersichtlich, den Täter, der sich eine Sache auf die genannten Arten zueignet, besser zu stellen, als den Täter, der nicht sofort mit dieser Intensität das Eigentum verletzt, sondern die völlige Verdrängung des Eigentümers zum Bsp. durch spätere Veräußerung einer zunächst durch Unterschlagung zugeeigneten Sache an einen Gutgläubigen bewirkt¹⁾.

Hat sich jemand eine Sache zugeeignet, ohne daß die Zueignung den Übergang des Eigentums zur Folge hatte, so pflegt man die Stellung des Täters als quasi-Eigentümerstellung zu bezeichnen. Man vergleicht also den Zustand, der durch die Zueignung geschaffen wurde, mit dem Zustand, der durch den Erwerb des Eigentums hergestellt wird. Auch die Vorgänge, die die beiden Positionen (Eigentümer- und quasi-Eigentümerstellung) herbeiführen, sind miteinander zu vergleichen, d. h. im Zueignungsakt ist eine Parallele zum Eigentumserwerbsakt zu sehen. Hierin zeigt sich dann besonders eindrucksvoll die Fehlerhaftigkeit der Lehre Bockelmann's: genau so wenig wie das Eigentum ohne vorherigen Verlust von derselben Person wiederholt erworben werden kann, ist es möglich, sich eine Sache mehrmals zuzueignen, ohne daß die quasi-Eigentümerposition verlorengegangen war: Zueignungsdelikte sind eben Initialdelikte.

6.) Ergebnis.

a.) In der Ablehnung der Meinung Bockelmann's liegt zugleich die Begründung dafür, daß Zueignungshandlungen in Bezug auf dieselbe Sache durch denselben Täter nicht denkbar sind. Wenn die h. L. und die bisherige Rechtsprechung die einem Vermögens- oder Aneignungsdelikt nachfolgenden Handlungen als

1) Daß hierin eine Besserstellung liegt, auch wenn man die zweite Handlung als "straflose Nachtat" nicht bestraft, wird noch dargelegt werden.

"straflose Nachtaten" betrachten, so wird dabei übersehen, daß eine "straflose Nachtat" zwar straflos aber tatbestandsmäßig ist, daß also eine Verwertungshandlung im Hinblick auf § 246 nur dann aus dem Prinzip der "straflosen Nachtat" straflos bleibt, wenn in der "Nachtat" eine Zueignung gesehen werden kann. Auf diese Frage der Tatbestandsmäßigkeit gingen h. L. und die bisherige Rechtsprechung nicht ein.

Ursache dieses Versäumnisses ist die Unsicherheit in der Entwicklung und Handhabung des Begriffes der "straflosen Nachtat". Diesen Ausdruck hat das RG erstmalig im Jahre 1914 verwendet¹⁾, um damit die Straflosigkeit einer Untreue in Bezug auf ertrogene Sachen zu begründen; es beruft sich in dieser Entscheidung auf seine Rechtsprechung im 35. Band (Verichtung einer gestohlenen Urkunde)²⁾, im 38. Band (Betrug zum Nachteil des durch Unterschlagung geschädigten Eigentümers)³⁾ und 39. Band (Betrug zum Nachteil des durch Diebstahl geschädigten Eigentümers)⁴⁾. Es hätte auch eine Entscheidung vom 8. Dezember 1902⁵⁾ heranziehen können, in der der Täter freigesprochen wurde, obwohl er eine ertrogene Urkunde zerrissen hatte. Sämtliche Entscheidungen betreffen nicht unmittelbar das Problem der Straflosigkeit einer nach einem Vermögens- oder Aneignungsdelikt begangenen Unterschlagung. Urteile, die d i e s e Frage unter dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat" behandeln, sind erst später ergangen⁶⁾. Vielmehr zeigt gerade die erste der vom RG zitierten Entscheidungen⁷⁾, daß die später unter dem Begriff der "straflosen Nachtat" zusammengefaßten Grundsätze am Fall

1) RGSt 48 S. 290 f (291)

2) S. 64 f

3) S. 192 f

4) S. 239 ff

5) GA 50 S. 121

6) vgl. hierzu die Ausführungen oben unter III 1

7) RGSt 35 S. 64 f

der einem Aneignungsdelikt nachfolgenden Sachbeschädigung entwickelt wurden. Die Entscheidung selbst behandelt den Fall der Urkundenvernichtung und zieht Ausführungen eines Urteils vom 12. September 1888¹⁾ zur Begründung der Strafflosigkeit der Urkundenvernichtung heran; hier ging es um die Strafflosigkeit einer Sachbeschädigung. Auch das zitierte Urteil im 39. Band beruft sich auf diese Entscheidung. Im Fall der Zerstörung einer durch ein Vermögens- oder Aneignungsdelikt gewonnenen Sache ist der Tatbestand des § 303 unzweifelhaft erfüllt, so daß es einer näheren Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit in diesem Fall nicht bedarf. Offensichtlich sind Lehre und - trotz anfänglich guter Ansätze - Rechtsprechung durch diesen Umstand dazu veranlaßt worden, Verwertungsakte an oder mit einer strafbar erworbenen Sache unbesehen (d. h. ohne genaue Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit des § 246) unter die Grundsätze der "straflosen Nachtat" zu subsumieren.

b.) So sehr der Beschluß des BGH vom 7. Dezember 1959 zu begrüßen ist, weil er die Strafflosigkeit der Verwertungshandlung auf den Mangel der Tatbestandsmäßigkeit stützt, so wenig kann ihm in zwei Punkten seiner Begründung gefolgt werden: einmal definiert der Große Senat die Zueignung als "(schuldhafte und strafbare) Begründung des Eigenbesitzes", und zum anderen schließt er auch hier aus dem "Sinnzusammenhang der Tatbestände" die fehlende Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung.

Es wurde bereits²⁾ dargelegt, daß der Sinnzusammenhang der Tatbestände auch zur Bestimmung eines Konkurrenzverhältnisses dienen kann und vom BGH sachlich hierzu verwendet wurde, wenn er auch ausdrücklich die Tatbestandsmäßigkeit verneinte.

Indem der Große Senat die Zueignung als schuldhafte und strafbare Begründung des Eigenbesitzes definiert, macht er

1) RG Rspr. in Strafsachen 10 S. 488 ff

2) s. oben I. Teil unter III 3 b

die Schuldhaftigkeit und Strafbarkeit zu einer Voraussetzung der Zueignung. Wollte der BGH damit ausdrücken, daß nur die vorsätzliche, d. h. bewußt gegen den Willen des Eigentümers erfolgende Begründung des Eigenbesitzes eine Zueignung darstellt, dann ist gegen die Einschränkung nichts einzuwenden, da eine unvorsätzliche Zueignung nicht denkbar ist¹⁾. Soll aber die Einschränkung das Vorliegen einer Zueignung davon abhängig machen, daß auch die übrigen²⁾ Schuld-elemente gegeben sind und darüber hinaus die Handlung in concreto strafbar ist, so ist sie unverständlich: sie würde bedeuten, daß die Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals (hier: der Tathandlung) die Schuldhaftigkeit und Strafbarkeit des Verhaltens voraussetzt; damit wäre die Systematik der Verbrechenmerkmale (Tatbestandsmäßigkeit - Rechtswidrigkeit - Schuld) auf den Kopf gestellt. Ein Tatbestandsmerkmal und damit die Tatbestandsmäßigkeit ist entweder gegeben - dann kann das Fehlen der Schuld oder einer sonstigen Voraussetzung der Strafbarkeit sie nicht wieder beseitigen; oder sie ist nicht gegeben - dann kann von Schuld und Strafbarkeit keine Rede sein.

Das OLG C e l l e hat aus der vom BGH gegebenen Definition bereits eine Folgerung gezogen³⁾: da eine im Rausch vorgenommene Zueignung nicht schuldhaft und strafbar sei, würde eine erneute Zueignung "an sich" den Tatbestand der Unterschlagung erfüllen. Wollte man die Begründung im Sinne des BGH ausführen, so müßte man hinzufügen: denn die "zweite" Zueignung ist "an sich" die erstmalige Herstellung voller Verfügungsgewalt; da das Handeln im Rausch mangels Schuldhaftigkeit keine Zueignung darstellt⁴⁾.

Sieht man die Verjährung als materiell rechtliche Voraus-

1) vgl. oben I. Teil unter I 2

2) Der BGH sieht den Vorsatz als ein Schuldelement an.

3) Urteil vom 2. August 1962 in NJW 1962 S. 1833

4) vgl. zu dieser Entscheidung unten!

setzung der Strafbarkeit an¹⁾, so ließe sich aus der Einbeziehung der Schuldhaftigkeit und Strafbarkeit in die Definition der Zueignung in letzter Konsequenz zum Bsp. der kuriose Satz herleiten, daß in einem bestimmten Verhalten bis zum Tage der Verjährung eine Zueignung liegt - nach diesem Zeitpunkt stellt das Verhalten keine Zueignung mehr dar, weil es jetzt nicht mehr strafbar ist. Vor Ablauf der Verjährungsfrist wären weitere Zueignungshandlungen unmöglich, da die Zueignung nicht wiederholbar ist; nach Ablauf der Frist wäre eine Zueignung wieder möglich, da die erste Handlung nicht strafbar ist und daher keine Zueignung darstellt, die zweite Handlung also keine wiederholte Zueignung wäre.

Mit Recht weist Bockelmann²⁾ darauf hin, daß die Einschränkung des BGH auf eine Wiederholbarkeit der Zueignung hinauslaufe. Das widerspricht aber dem vom BGH eingenommenen Standpunkt, Zueignung sei nur die erstmalige Herstellung der Herrschaft über die Sache, d. h. Zueignungshandlungen seien nicht wiederholbar. In Wahrheit bezeichnet auch die Einschränkung, daß die Zueignung schuldhaft und strafbar sein müsse, ein Problem der Konkurrenz und kann daher nicht zur Abgrenzung eines Tatbestandsmerkmals und damit eines ganzen Tatbestandes herangezogen werden. Im übrigen steht nicht eindeutig fest, daß der Große Senat den Worten "schuldhaft und strafbar" das Gewicht beilegen wollte, das ihnen in diesem Zusammenhang nach ihrem Wortsinn zukommt; immerhin sind sie in den Urteilsgründen nur in Klammer erwähnt, was darauf hindeutet, daß ihnen der BGH nicht allzu große Bedeutung beimessen wollte.

7.) Kriminalpolitische Erwägungen.

Das zuletzt erörterte Beispiel der Verjährung mag bereits die rechtspolitische Tragweite der Frage nach der Wiederholbarkeit der Zueignung angedeutet haben. Im folgenden soll

1) vgl. hierzu Schönke-Schröder, § 66 Note 3

2) JZ 1960 S. 624

untersucht werden, ob ein rechtspolitisches Bedürfnis für die Möglichkeit mehrfacher Zueignung derselben Sache durch denselben Täter spricht, wie es Bockelmann behauptet, oder ob kriminalpolitische Erwägungen gegen die hier erarbeiteten Lösungen sprechen; dabei werden natürlich die im ersten Teil gefundenen Ergebnisse mitberücksichtigt.

a.) Eine Folgerung aus der hier vertretenen Auffassung wurde bereits vom Großen Senat selbst gezogen: verneint man die Wiederholbarkeit der Zueignung, dann entfällt (bei einer Verwertungshandlung) mangels Tathandlung nicht nur die Tatbestandsmäßigkeit der einfachen, sondern auch der Amtsunterschlagung; denn so umstritten im übrigen der § 350 sein mag, daß er eine Zueignung voraussetzt, wird allgemein anerkannt. Ein Beamter kann also nicht wegen der Verwertungshandlungen, die er mit deliktisch, aber in amtlicher Eigenschaft erlangten Sachen vornimmt, nach § 350 bestraft werden. Eine Bestrafung nach dieser Vorschrift wäre allerdings dann kriminalpolitisch geboten, wenn der Verstoß gegen das Gebot der Reinheit der Amtsführung, den das Verhalten des Beamten zweifellos enthält, nicht anderweitig gesühnt werden könnte. Wie aber bereits oben (im ersten Teil) betont, wird nach der dort dargelegten Auffassung der Beamte wegen der ("ersten") Tat (auch) nach § 350 bestraft, selbst wenn die Zueignung hier in Form eines Vermögensdeliktes erfolgte. Der Verstoß gegen das Vertrauen in die Reinheit der Amtsführung ist damit geahndet, eine nochmalige Bestrafung wegen dieses Verstoßes nicht geboten¹⁾.

b.) B o c k e l m a n n bildet a. a. O. eine Reihe von Fällen²⁾, von denen er glaubt, daß die Verneinung der Wiederhol-

1) Ob eine nochmalige Bestrafung geboten ist, wenn vor Begehung der Verwertungshandlung der Eigentümer der Sache wechselt, wird weiter unten erörtert werden.

2) Beispiel a: jemand hält eine verlorene Sache für delinquent, hebt sie auf, um sie sich anzueignen und gebraucht sie hinfort als eigene; nach Aufklärung des Irrtums verkauft er die Sache.
Beispiel b: der gutgläubige "Erwerber" einer gestohlenen

barkeit der Zueignung zu einer unbilligen Straflosigkeit führe. Das von Bockelmann behauptete "dringende kriminalpolitische Bedürfnis" für die Wiederholbarkeit der Zueignung besteht jedoch in Wirklichkeit nicht, denn auch die Verneinung der Wiederholbarkeit führt in allen Fällen zur Bestrafung¹⁾.

Die Handlungen, die der Täter in den Beispielen a-c mit der Sache vornimmt, geschehen zwar objektiv gegen den Willen des Berechtigten, so daß insoweit eine wesentliche Voraussetzung des § 246 erfüllt ist. Der Täter nimmt jedoch an, ein entgegenstehender Wille des Berechtigten sei nicht vorhanden, d. h., es fehlt ihm der für die strafrechtliche Zueignung erforderliche Zueignungswille. Auch das Beispiel a macht hiervon keine Ausnahme, weil der in § 958 BGB vorausgesetzte Aneignungswille nicht identisch ist mit dem Zueignungsvorsatz des § 246 StGB. Da die Zueignung nur gegen den Willen des Berechtigten erfolgen kann, muß sich natürlich auch der Vorsatz des Täters auf den entgegenstehenden Willen des Berechtigten erstrecken. Diesen Vorsatz hat derjenige, der sich eine verlorene Sache gemäß § 958 BGB gutgläubig aneignen will, schon deshalb nicht, weil er von der Existenz eines Berechtigten nichts weiß. Wegen fehlenden Zueignungswillens liegt in den Verhaltensweisen, die den späteren Verwertungshandlungen vorausgehen, in den Beispielen a-c keine Zueignung. Demzufolge stellt das spätere Verhalten keine nochmalige, sondern eine erstmalige Zueignung dar, so daß ohne Bedenken wegen Unterschlagung bestraft werden kann. Hierher gehört auch der Fall,

Sache verfährt trotz Aufklärung des Irrtums ebenso.

Beispiel c: jemand hat sich eine Sache von einem Minderjährigen übereignen lassen, in der - später enttäuschten - Erwartung, das Geschäft werde genehmigt.

Beispiel d: jemand hat sich eine Sache im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit (Trunkenheit) zueignet und verbraucht sie nach eingetretener Ernüchterung.

1) Im folgenden kommen die oben im I. Teil unter I 2 und 3 entwickelten Grundsätze zum Tragen.

den das RG durch Urteil vom 24. April 1942¹⁾ entschieden hat: in der irrigen Annahme, eine Postsendung sei für ihn bestimmt, nimmt der Angeklagte die Sendung an sich und behält sie trotz Aufklärung des Irrtums für sich. Das RG spricht hier expressis verbis von einer zweimaligen Zueignung²⁾. Daß in der gutgläubigen Ansichnahme keine Zueignung im Sinne des § 246 gesehen werden kann und daher das Handeln im "bösen Glauben" die erste Zueignung darstellt, ergibt sich aus dem zuvor Gesagten.

Die von Bockelmann behaupteten Schwierigkeiten bei der Lösung der Fälle a-c haben ihre tiefere Ursache darin, daß der Begriff der Zueignung, wie ihn § 246 enthält, gleichgesetzt wird mit dem bürgerlich-rechtlichen Begriffen "Aneignung" (§ 958 BGB) und dem Akt der Eigentumsverschaffung nach § 929 BGB; diese Erwerbsakte sollen unter den Begriff der Zueignung im Sinne des § 246 StGB fallen. Das hätte zur Folge, daß mit jeder Übereignung (§ 929 BGB) oder Aneignung (§ 958 BGB) die Tathandlung des § 246 ("Zueignen") gegeben wäre und eine Bestrafung wegen Unterschlagung nur daran scheiterte, daß diese "Zueignung" nicht rechtswidrig wäre. Eine solche Auffassung widerspricht dem Wesen des besonderen Teils des StGB, der einzelne Tatbestände aufstellt, deren Tathandlungen regelmäßig, d. h. typischerweise Unrecht enthalten. Sieht man aber in jeder Eigentumserwerbshandlung eine Zueignung, dann stellen die nach § 246 StGB strafbaren Zueignungen einen äußerst geringen Bruchteil aller Zueignungen dar. Es mag dahingestellt bleiben, ob die Entgegennahme einer Sache zum Zwecke des Eigentumserwerbs gemäß § 929 BGB dem Wortsinn nach unter den Begriff der Zueignung gebracht werden kann; jedenfalls ist der "Aneignung" im Sinne der §§ 958, 929 BGB die Zueignung im Sinne des § 246 StGB als rein strafrechtlicher Begriff klar gegenüber zu stellen³⁾, so daß sich die Frage nach der Wieder-

1) RGSt 76 S. 131 ff

2) S. 134

3) Dies fordert schon das Prinzip der "begrifflichen Emanzipation des Strafrechts" (vgl. Bruns S. 107); allerdings

holbarkeit der Zueignung in den zuletzt behandelten Fällen von vornherein nicht stellt.

Schwieriger ist eine Strafbarkeit im letzten der von Bockelmann gebildeten Fälle zu begründen. War die Unzurechnungsfähigkeit so weit fortgeschritten, daß der Täter "nicht mehr wußte, was er tat", dann hat er sich in diesem Zustand nichts zugeeignet, da er den hierfür erforderlichen Entschluß nicht mehr fassen konnte: er war handlungsunfähig. In diesem Fall gilt das zu Beispiel a-c Gesagte, d. h. der Verbrauch ist erstmalige Zueignung und als Unterschlagung zu bestrafen. War der Täter trotz der Zurechnungsunfähigkeit in der Lage, vorsätzlich, d. h. insbesondere mit Zueignungswillen, zu handeln¹⁾, dann kann allerdings der nachfolgende Verbrauch nicht als Unterschlagung bestraft werden, da die Zueignung bereits in der vorangegangenen (Rausch-) Tat liegt und nicht wiederholt werden kann. Eine Bestrafung dieser Zueignung ist wegen § 51 Abs. 1 nicht möglich. Aber auch hier geht der Täter nicht straflos aus, denn sämtliche Voraussetzungen des § 330 a sind gegeben, so daß eine Bestrafung nach dieser Vorschrift möglich ist²⁾. Ein "dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis"

verstößt die h. L. nicht unmittelbar gegen diesen Grundsatz, denn sie fordert keineswegs in jedem Fall zur strafrechtlichen Zueignung eine Aneignung (§ 958 BGB) oder einen sonstigen Eigentumsverschaffungsakt im Sinne des BGB; nur begeht sie den Fehler, a u c h in einem solchen Akt "objektiv" eine Zueignung im Sinne des Strafrechts zu sehen. Selbst Bruns (S. 210) und Schaffstein (S. 295/296) machten hiervon keine Ausnahme; obwohl beide die Selbstständigkeit strafrechtlicher Begriffsbildung betonten, ging es ihnen nur darum, die Grenzen des Zueignungsbegriffs über die Handlungen zivilistischer Eigentumsausübung und ziv. Eigentumserwerbs hinaus auszudehnen; sie wollten keineswegs diese Handlungen aus dem Begriff der strafrechtlichen Zueignung ausschließen. Das wollte offensichtlich Binding (I S. 267 Anm. 1), der von einer "fundamentalen Abweichung" der Bedeutung der strafrechtlichen von der zivilrechtlichen Aneignung (§ 958 BGB) spricht.

1) Von diesem Fall geht Bockelmann aus.

2) Im Hinblick auf den Beschluß des Großen Senats für Strafsachen vom 15. Oktober 1956 (BGHSt 9 S. 390 ff) kommt dieser Möglichkeit besondere Bedeutung zu.

für die Anerkennung der Wiederholbarkeit der Zueignung scheint mir in Anbetracht dieser Möglichkeit auch im Beispielsfall nicht zu bestehen.

In welche dogmatischen Schwierigkeiten man bei Lösung dieses Falles gerät, wenn man in der Verwertungshandlung eine nochmalige Zueignung erblickt, die "an sich" den Tatbestand der Unterschlagung erfüllen würde, zeigt die bereits zitierte Entscheidung des OLG Celle vom 2. August 1962. Verwertet der Rauschtäter die im Rausch angeeigneten Sachen nach eingetretener Ernüchterung, so ist er unstreitig wegen der ersten Tat gemäß § 330 a zu bestrafen. Ebenso unzweifelhaft besteht an einer Bestrafung der Verwertungstat im Hinblick auf die Strafbarkeit nach § 330 a kein Interesse. Dieses kriminalpolitisch wünschenswerte Ergebnis liegt auf der Hand, wenn man die Meinung vertritt, Zueignungen seien nicht wiederholbar und in der Verwertungshandlung liege mangels Zueignung tatbestandlich schon keine Unterschlagung. Das OLG Celle muß zur Begründung der Straflosigkeit den in diesem Fall m. E. nicht gangbaren Weg über die "mitbestrafte Nachtat" einschlagen. Leider wird das Gericht auf diesen falschen Weg durch die Bemerkung des Großen Senats im Beschluß vom 7. Dezember 1959 gedrängt, wonach eine Verwertungshandlung nur dann den Tatbestand der Unterschlagung nicht erfüllt, wenn die "erste" Zueignung schuldhaft und strafbar ist; mit Recht zieht das OLG Celle hieraus den Schluß, daß umgekehrt die Verwertungshandlung dann den Tatbestand der Unterschlagung erfülle, wenn die erste Tat wegen Trunkenheit nicht schuldhaft begangen wurde. Der Behandlung der Verwertungstat als "Straflose Nachtat" stehen jedoch m. E. unüberwindliche Hindernisse entgegen, die das Gericht zwar erkennt, aber vergeblich zu überwinden versucht hat. Zutreffend geht es davon aus, daß § 330 a die Allgemeinheit vor der rauschbedingten Gefährlichkeit des Betrunkenen schützen will, während § 246 ausschließlich den Schutz des Eigentums bezweckt. Die Grundvoraussetzung der "straflosen Nachtat", die Identität der geschützten Rechtsgüter, ist im Verhältnis des § 246 zu § 330 a nicht gegeben. Eignet sich der Täter im Rausch etwas zu; so

wird er nicht wegen der Zueignung, sondern wegen der durch die Tat evident gewordenen rauschbedingten Gefährlichkeit bestraft; auch in diesem Fall schützt § 330 a nicht das zufällig verletzte Eigentum, sondern er will die Gesamtheit der Rechtsgüter, die durch den Betrunkenen gefährdet sind, vor Schaden bewahren. Wollte man der Argumentation des OLG Celle folgen, so dürfte beispielsweise nicht wegen § 222 in Tateinheit mit § 315 c bestraft werden, da § 315 c in den Fällen mittelbar den Schutz des Lebens bezweckt, in denen der Täter eine fahrlässige Tötung begeht; § 222 müßte dann wegen Identität der Rechtsgüter als subsidiärer Tatbestand ausscheiden. Hat also das OLG Celle in der Verwertungshandlung einmal eine tatbestandsmäßige Unterschlagung bejaht, dann ist es unmöglich, die Strafbarkeit der Verwertungshandlung aus dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat" zu verneinen; konsequenterweise müßte gemäß § 330 a in echter Real Konkurrenz mit Unterschlagung bestraft werden. Diese unannehmbare Folge wird, wie gesagt, nach der hier vertretenen Meinung von vornherein vermieden.

c.) Die kriminalpolitischen Bedenken Bockelmann's richten sich freilich nicht nur gegen die Auffassung, Zueignungshandlungen seien nicht wiederholbar, sondern auch gegen die Meinung des BGH, eine Zueignung setze voraus, daß die Begründung des Eigenbesitzes "schuldhaft und strafbar" erfolge; durch diese Einschränkung seien die Ergebnisse, die durch Anwendung der Grundsätze von der "straflosen Nachtat" erzielt würden, nicht ausgeschaltet. Es wurde bereits oben am Beispiel der Verjährung gezeigt, daß dem BGH in diesem Punkt seiner Begründung nicht gefolgt werden kann: die Tatbestandsmäßigkeit von Verwertungshandlungen, die bis zu einem gewissen Zeitpunkt verneint worden war, kann nicht plötzlich wegen Verjährung oder Amnestierung der "Vortat" aufleben¹⁾. Insoweit sind also die Bedenken Bockelmann's berechtigt.

1) Dieses Ergebnis wollte auch der Große Strafsenat gerade vermeiden (Nr. III 3 der Gründe); es ist aber nicht zu umgehen, wenn man mit seiner Einschränkung ("schuldhaft und strafbar") Ernst macht.

d.) Bockelmann wendet ferner gegen den Ausschluß der Unterschlagung wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit ein, er führe - anders als die "straflose Nachtat" - zu ungerechter Straflosigkeit auch in den Fällen, in denen die Verwertungstat ein weiteres Rechtsgut verletze als die "Vortat".

Die Strafbarkeit der Verwertungshandlungen wird hier allein unter dem Gesichtspunkt der Unterschlagung geprüft; durch die Verwirklichung ihres Tatbestandes müßte also ein anderes Rechtsgut verletzt werden als durch die "Vortat". Da letztere immer ein Aneignungs- oder Vermögensdelikt ist und auch die Vermögensdelikte den Schutz des Eigentums mitumfassen, kann die Verwertungshandlung als Unterschlagung niemals ein anderes Rechtsgut verletzen. Damit ist nicht die Möglichkeit ausgeschlossen, daß die Verwertungshandlung die Form eines anderen Deliktes (als Unterschlagung) annimmt und in diesem Fall ein anderes Rechtsgut als Eigentum oder Vermögen verletzt¹⁾. Dann müßten wegen der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung die Grundsätze der "straflosen Nachtat" zum Zuge kommen und eventuell die Strafbarkeit der Nachtat bejaht werden²⁾.

e.) Oft wechselt nach oder mit der Begehung des Aneignungs- oder Vermögensdeliktes aber vor der Vornahme der Verwertungshandlung der Eigentümer der deliktisch erlangten Sache³⁾. Verneint man die Tatbestandsmäßigkeit einer in der Verwertungshandlung eventuell liegenden Unterschlagung wegen der Unmöglichkeit, eine Zueignungshandlung an einer bereits zugeeigneten Sache zu begehen, dann kann die Verwertungshandlung trotz des Eigentümerwechsels nicht nach § 246 bestraft

1) vgl. zum Bsp. Vernichtung einer deliktisch erworbenen Urkunde (§ 274); Öffnen eines gestohlenen Briefes (§ 299).

2) vgl. aber RMG 10 S. 250 ff (251; Öffnen eines gestohlenen Briefes) und RGSt 35 S. 65 (Vernichtung einer del. erl. Urkunde)

3) vgl. den häufigen Fall, in dem ein Vertreter unter den Merkmalen des Betrugs mit Zueignungsabsicht die Übereignung einer Sache an seinen Geschäftsherrn bewirkt, §§ 929, 164, 116 BGB und die Sache dann veräußert oder verbraucht.

werden. Eine erneute Zueignung wäre nur möglich, wenn der Täter seine durch die erste Zueignung erworbene Pseudo-Eigentümerstellung verloren hätte. Durch den Übergang des Eigentums ändert sich die tatsächliche Stellung des Täters zur Sache in keiner Weise. Folglich ist eine nochmalige Zueignung unmöglich. Bejaht man dagegen die Tatbestandsmäßigkeit einer in der Verwertungshandlung liegenden Unterschlagung, weil man die Wiederholbarkeit der Zueignung anerkennt, dann unterliegt die Verwertungstat den Regeln und Grenzen der sogenannten straflosen Nachtat, d. h., sie bleibt nur straflos, wenn sie nicht das Gut einer anderen Person verletzt. Im Falle des Eigentumsübergangs würde dies zur Bestrafung wegen der nach dem Übergang vorgenommenen Verwertungshandlungen führen. Auch gegen jene - angeblich unbillige - Konsequenz des Tatbestandsausschlusses wendet sich Bockelmann.

Wegen der unbegrenzten Zahl der Zueignungsarten ist es möglich, daß der Täter immer wieder Handlungen mit einer deliktisch erlangten Sache vornimmt, die taugliche Zueignungshandlungen wären, wenn man einmal von der vorangegangenen Zueignung absieht. Man denke zum Bsp. an das als Zueignungshandlung anerkannte¹⁾ Verkaufsangebot über eine Sache, das beliebig oft wiederholt werden kann. Es ist nicht ausgeschlossen, daß sich vor einer solchen "Zueignungshandlung" jeweils ein Eigentumsübergang auf eine andere Person vollzieht, weil der frühere Eigentümer die Sache nach § 931 BGB durch Abtretung des Herausgabeanspruchs gegen den Täter veräußert. Nach h. L. müßte der Täter wegen all dieser Akte, die u. U. in Tatmehrheit zueinander stehen, nach § 246 bestraft werden, obwohl er von dem Eigentumsübergang in der Regel gar nichts weiß, jedenfalls nichts zu wissen braucht. Geht man einmal davon aus, daß im Fall des Eigentümerwechsels das Unrecht der Verwertungshandlung tatsächlich größer ist als ohne diesen Wechsel, so ist die Schuld des Täters in beiden Fällen gleich schwer. Wegen des - für den Täter meist unmerklich vollzogenen - Eigentumsübergangs besteht

1) vgl. statt vieler Jagusch in LK, Bem. D V 2 c vor § 242.

kein kriminalpolitisches Bedürfnis, die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung zu bejahen, um solche Fälle doppelt bestrafen zu können. Für den Täter hinge es sonst mehr oder weniger vom Zufall ab, ob er nur wegen des ersten Vermögens- oder Aneignungsdeliktes, oder auch wegen weiterer Handlungen, die er mit der Beute vornimmt, bestraft wird. Wollte man aber die Bestrafung vom Wissen des Täters um den Eigentümerwechsel abhängig machen, dann wäre damit der Tatbestand der Unterschlagung willkürlich um ein Tatbestandsmerkmal erweitert; aber soweit wollen wohl auch die Anhänger der h. M. nicht gehen¹⁾.

f.) Bockelmann²⁾ glaubt schließlich, aus der Auffassung des BGH ergebe sich bei konsequenter Durchführung, daß ein zwecks Verwertung einer gestohlenen Sache begangener Betrug (Veräußerung an einen Gutgläubigen) in Wahrheit eine tatbestandslose Handlung sei, wenn das Argument der Verschiedenheit der verletzten Personen nicht mehr anerkannt werde; wäre es richtig, "daß von zwei auf dieselbe Sache bezogenen Zueignungshandlungen ein und desselben Täters nur die erste den Tatbestand eines Aneignungs- oder Vermögensdeliktes verwirklichen kann", so müsse gleichgültig sein, ob der erste Akt ein Betrug sei und der zweite, für sich genommen, Unterschlagung wäre, oder ob der erste Akt Diebstahl sei und der zweite, bei selbständiger Würdigung, Betrug wäre.

Zunächst ist Bockelmann entgegenzuhalten, daß der BGH an keiner Stelle seines Beschlusses behauptet hat, von zweien auf dieselbe Sache bezogenen ("Zueignungs-") Handlungen könne nur die erste den Tatbestand eines V e r m ö g e n s d e l i k t e s erfüllen; der BGH bestreitet lediglich die Wiederholbarkeit eines Aneignungsdeliktes in Bezug auf dieselbe Sache. Die Tatbestandsmäßigkeit eines auf eine Zueignung folgenden Vermögensdeliktes hat er mit keinem Satz behandelt.

1) Im Ergebnis - aber ohne nähere Begründung - ebenso: Schönke-Schröder, Vorbem. § 73, Note 68

2) a.a.O. Anm. 17

Es ist wichtig, dies festzustellen, weil es keineswegs, wie Bockelmann meint, gleichgültig ist, ob der erste Akt Betrug und der zweite Akt "Unterschlagung" ist oder ob dem Diebstahl ein Betrug nachfolgt. Zuzugeben ist Bockelmann, daß in der Veräußerung einer gestohlenen Sache¹⁾ nach der hier vertretenen Meinung (die Zueignung könne nicht wiederholt werden) keine erneute Zueignung derselben Sache gesehen werden kann. Der Tatbestand eines Betrugs wäre allerdings dann nicht erfüllt, wenn er voraussetzen würde, daß sich der Täter die gestohlene Sache erneut zueignet.

Zwar wurde im ersten Teil dargelegt, daß jeder Sachbetrug, bei dem der Betrogene nicht Eigentum überträgt, eine Zueignung enthält. Daraus darf aber keineswegs geschlossen werden, daß jeder Betrug, in dem eine fremde bewegliche Sache eine Rolle spielt, eine Zueignung dieser Sache tatbestandlich voraussetze. Die Veräußerung einer gestohlenen oder gefundenen Sache an einen Gutgläubigen stellt gar keinen Sachbetrug bezüglich der veräußerten Sache dar, weil diese Betrugsart voraussetzt, daß der Täter sich (das Eigentum oder zumindest) die volle Verfügungsgewalt über die Sache erst verschaffen will. Es geht dem Veräußerer einer solchen Sache aber nicht um die Sache, die er schon hat, sondern um den Kaufpreis. Die Sache ist lediglich Mittel zur Begehung des Betrugs. Den Gegenstand des Betrugs bildet die Gegenleistung. Wird sie in Bargeld entrichtet, dann kann man bezüglich des erhaltenen Geldes doch von Sachbetrug sprechen, denn in der Entgegen-

1) Das Problem ist das gleiche bei einer sonst abhanden gekommenen unterschlagenen Sache, oder wenn man die Meinung vertritt, auch die Veräußerung einer nicht abhanden gekommenen unterschlagenen Sache sei trotz des gutgläubigen Erwerbs des Eigentums Betrug gegenüber dem Erwerber; so die Rechtsprechung, vgl. zum Bsp. BGH in NJW 1960 S. 1916 ff mit Hinweisen auf weitere Entscheidungen; aus der Literatur vgl. Schönke-Schröder, § 263 Note 82 (zustimmend); anders zum Bsp. Maurach BT S. 190 (Nr. 1); Welzel LB S. 319/320: § 932 BGB werde "aus den Angeln gehoben"; eingehend Traub NJW 1956 S. 450 ff; Oehler in GA 1956 S. 161 ff, der - ähnlich wie Welzel - von einer "Zertrümmerung des ganz fein ausgewogenen Systems des bürgerlichen Rechts in Bezug auf den gutgläubigen Erwerb" spricht (162).

nahme des Geldes liegt eine Zueignung¹⁾; in diesem Fall sind die Bedenken Bockelmann's von vornherein gegenstandslos. Besteht die Gegenleistung nicht in einer beweglichen Sache, sondern in anderen Vermögenswerten²⁾, dann bilden diese den Gegenstand des Betrugs. Da eine Zueignung nur an Sachen möglich ist, kann in einem solchen Betrug keine Betätigung des Zueignungswillens (d.h. keine Zueignung) liegen; der Betrug ist trotzdem tatbestandsmäßig, weil § 263 nicht notwendig eine Zueignung voraussetzt, sondern das Vermögen auch in anderer Weise beschädigt werden kann. Den Fall der Veräußerung einer gestohlenen Sache an einen Gutgläubigen bezeichnet man vielleicht zweckmäßig als Verwertungsbetrug, wenn man ihn zu der veräußerten Sache in Beziehung setzen will. An seiner Tatbestandsmäßigkeit ist nicht zu zweifeln, und der Auffassung Bockelmann's, die Veräußerung erfülle wegen fehlender Zueignung nicht den Tatbestand des Betrugs, wenn man die Wiederholbarkeit der Zueignung ablehne, kann nicht gefolgt werden.

g.) Hat sich also herausgestellt, daß keineswegs ein kriminalpolitisches Bedürfnis g.e.g.e.n einen tatbestandlichen Ausschluß der Unterschlagung spricht, so soll im folgenden gezeigt werden, daß ein solches Bedürfnis eher gegen den Ausschluß unter dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat", also für den tatbestandsmäßigen Ausschluß besteht.

Praktisch wirkt sich die Lehre vom Tatbestandsausschluß vor allem in den Fällen der Verjährung, Amnestierung oder Nichterweislichkeit der Vortat sowie bei der Teilnahme an der Verwertungshandlung aus. Dabei gehen die Meinungen, ob in den drei ersten Fällen wegen der Verwertungshandlung und im letzten Fall wegen der Beteiligung an derselben zu bestrafen sei, auseinander.

Der Große Strafsenat hat die Fragen verneint, d. h., er hält

1) Nach der Meinung Bockelmann's sogar dann, wenn der Täter wirksam Eigentum erwirbt!

2) Wichtiger Fall: Forderung bei Banküberweisung

die Bestrafung für unbillig. Der fünfte Senat des BGH hat in einem Urteil vom 11. Januar 1955¹⁾ die gegenteilige Auffassung geäußert. Das OLG Braunschweig will ebenfalls die Regel gelten lassen, eine Nachtat sei strafbar, wenn die Vortat verjährt sei²⁾. Das OLG Hamm hat wegen der Verwertungshandlung aus § 246 bestraft, obwohl der Täter die Sache eventuell durch einen - nicht nachweisbaren - Betrug erlangt hatte³⁾.

Auch in der Rechtslehre besteht keine Einigkeit. Die Meinung der Mehrzahl der Schriftsteller geht dahin, daß die Verwertungshandlung tauglicher Anknüpfungspunkt für eine Bestrafung sei⁴⁾. B a u m a n n⁵⁾ differenziert: Teilnahme an der Nachtat sei strafbar trotz Straflosigkeit der Nachtat für den Täter; auch bei Nichterweislichkeit der Vortat will Baumann wegen der Nachtat bestrafen⁶⁾; dagegen soll der Täter im Fall der Verjährung der Vortat auch wegen der Nachtat nicht bestraft werden können.

S c h r ö d e r⁷⁾ stellt zwar den allgemeinen Satz an den Anfang seiner diesbezüglichen Ausführungen, es sei ohne Bedeutung, ob die Vortat auch tatsächlich bestraft werden könne oder Hindernisse der Bestrafung entgegenstünden. Damit

1) mitgeteilt in MDR 1955 S. 269

2) NdsRPfl. 1960 S. 90

3) JMBL. NRW 1955 S. 236

4) Jagusch in LK, § 73 Vorbem. C 4 c; v. Olshausen, 12. Aufl., § 73 Vorbem. 22 (für die Möglichkeit der Beihilfe); Schwarz-Dreher, § 73 Vorbem. 6; Maurach BT S. 216; AT S. 613; Mezger AT S. 265/266 (ebenfalls für Beihilfe); Sauer, S. 242 (allerdings aus Gründen der Akzessorietät der Teilnahme gegen die Strafbarkeit der Teilnahme)

5) LB S. 520

6) In seinem LB bringt B. nur das Beispiel der Sachbeschädigung; da er die Verwertungshandlung in Form wiederholter Zueignung als "straflose Nachtat" behandelt, beziehen sich seine Ausführungen auch auf diese; vgl. seine Ausführungen in NJW 1961 S. 1143

7) Schönke-Schröder, § 73 Vorbem. Note 70

scheint er im scharfen Widerspruch zu Baumann zu stehen. Bei Nichtbeweisbarkeit der Vortat durchbricht Schröder jedoch seinen Grundsatz, indem er die Strafbarkeit der Nachtat bejaht (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den Fall der einem etw-igen Betrug nachfolgenden Unterschlagung). Auch die Teilnahme an der Nachtat hält er für strafbar, wohingegen im Falle der Verjährung oder Amnestierung der Vortat auch die Nachtat straflos bleiben soll.

Angesichts dieser Zersplitterung kann man nicht von einer herrschenden Meinung sprechen¹⁾. Kriminalpolitische Erwägungen werden zur Unterstützung keiner der vertretenen Meinungen angestellt; man versucht vielmehr die Lösungen dogmatisch aus dem Wesen der "straflosen Nachtat"²⁾ zu begründen; da hierüber keine Einigkeit besteht, müssen die Ergebnisse verschieden ausfallen.

B o c k e l m a n n³⁾ sieht mit der h. L. die Verwertungshandlungen als zwar tatbestandsmäßige aber straflose Unterschlagungen an. Anders als die herrschende Lehre zieht er hieraus jedoch nicht die Konsequenz, daß die Nachtat strafrechtliche Bedeutung gewinne, falls die Vortat nicht - oder nicht mehr - bestraft werden könne; er ist vielmehr der Meinung, allein die Vortat sei für die strafrechtliche Beurteilung maßgebend.

Bockelmann selbst schließt hieraus, daß strafbare Teilnahme nur an der Vortat möglich sei. Die übrigen Fälle erwähnt er nicht ausdrücklich. Seine Ausführungen lassen aber erkennen, daß der Täter in den Fällen der Verjährung, Amnestierung oder Nichtbeweisbarkeit der Vortat auch wegen der Nachtat straflos bleiben soll. Durch die Korrektur, die er auf solche Weise an der Lehre von der "straflosen Nachtat" vornimmt, ge-

1) Es sei denn, man bezeichnet die Auffassung des Großen Senats als herrschend, weil sie sich in der Praxis durchgesetzt hat.

2) vgl. hierüber Baumann in MDR 1959 S. 10 ff

3) JZ 1960 S. 625

langt Bockelmann in diesen Fällen also zu den gleichen Ergebnissen wie die hier vertretene Lehre vom Tatbestandsausschluß der Unterschlagung. Es ist nicht einzusehen, welchen kriminalpolitischen Sinn es haben soll, einerseits an der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung festzuhalten, andererseits aber Lösungen zu suchen, die bei Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit auf der Hand liegen, bei Anerkennung der Verwertungshandlung als "strafloser Nachtat" aber nur schwer zu konstruieren sind. Die einzige Rechtfertigung dieser Auffassung sieht Bockelmann¹⁾ denn auch darin, daß allein die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit dazu führe, Verwertungshandlungen zu bestrafen, die ein anderes Rechtsgut oder das Rechtsgut einer anderen Person verletzen; daß hierfür in Wirklichkeit kein Bedürfnis vorhanden ist bzw. die Unterschlagung als Verwertungshandlung kein neues Rechtsgut verletzen kann, wurde bereits oben dargelegt.

Im übrigen führen allein die von Bockelmann vorgeschlagenen Lösungen, die sich bei Zugrundelegung der hier vertretenen Meinung zwangsläufig ergeben, zu billigen Ergebnissen: im Fall der Teilnahme verweisen Bockelmann sowie der Große Strafsenat auf § 257. Daß diese Vorschrift Sicherungsabsicht voraussetze, hat der Große Strafsenat nicht übersehen. Er folgert mit Recht aus dieser Einengung des subjektiven Tatbestandes, daß Teilnehmer an Verwertungshandlungen nach dem Willen des Gesetzes eben nur gemäß § 257 und nicht nach den schwereren Teilnahmevorschriften bestraft werden sollen. Insoweit ist also der Einwand Schröder's nicht gerechtfertigt²⁾. Auch Siebert³⁾ hält grundsätzlich eine Beihilfe an der "straflosen Nachtat" für möglich. Wie wenig ihm jedoch eine

1) a.a.O. r. Sp. letzter Absatz.

2) JR 1960 S. 308 Nr. 2; in seinem Beispiel, in dem ein Dritter den gestohlenen Geldschrank für den Vortäter öffnet, ist der Dritte wohl wegen Sachbeschädigung zu bestrafen; jedenfalls schließt die hier vertretene Auffassung, Verwertungshandlungen seien tatbestandsmäßig keine Unterschlagung, eine Bestrafung nach § 303 nicht aus.

3) GA 77 S. 98 ff

Bestrafung des Gehilfen nach § 49 behagt, zeigt sein Vorschlag, nicht aus dieser Vorschrift, sondern nach § 257 zu bestrafen, falls die Voraussetzungen hierfür gegeben sind. Beihilfe zur Nachtat soll von § 257 konsumiert (!)¹⁾ werden, wobei es Siegert natürlich schwer fällt, die für die Konsumtion typische Identität der geschützten Rechtsgüter nachzuweisen. Vor allem würde gegen eine Konsumtion der Beihilfe durch die Begünstigung der Grundsatz sprechen, daß die Vorschrift mit der schwereren nicht von der Vorschrift mit der leichteren Strafdrohung konsumiert wird; es gilt gerade die umgekehrte Regel²⁾. Auch führt die Meinung Siegert's zu dem unannehmbaren Ergebnis, daß derjenige, der neben dem Gehilfenvorsatz noch zusätzlich die vom Gesetz besonders verworfene Sicherungsabsicht hat, milder bestraft wird als der bloße Gehilfe.

Der Große Strafsenat hat bereits auf die Folgen, die die hier bekämpfte Auffassung für die Verjährung hat, hingewiesen: jede Verwertungshandlung würde eine neue Verjährungsfrist für die darin liegende Unterschlagung beginnen lassen. Schröder³⁾ deutet weitere Unbilligkeiten an: ist die Vortat eine Übertretung (z.B. § 370 Nr. 5), dann kommt dem Täter deren kurze Verjährungsfrist nicht zustatten, wenn die Nachtat ein Vergehen ist, da nach Verjährung der Vortat wegen des nicht verjährten Vergehens zu bestrafen ist⁴⁾. Die Beispiele zeigen, daß bei Anerkennung der hier abgelehnten Auffassung Verjährungsvorschriften für Vermögens- und Aneignungsdelikte aus den Angeln gehoben würden. Entsprechendes gilt für die Vorteile einer Amnestie, die sich zwar auf die "Vortat" aber nicht auf die Verwertungshandlung bezieht.

Schließlich seien die Folgen aufgezeigt, die sich aus der hier vertretenen Auffassung für den Fall ergeben, daß das

1) S. 103

2) vgl. Maurach AT S. 592 ("meist mit entsprechend heraufgesetztem Strafrahmen").

3) Schönke-Schröder, § 73 Vorbem. Note 70

4) Schönke-Schröder, a. a. O.

("erste") Vermögens- oder Aneignungsdelikt nicht mit der für eine Bestrafung genügenden Sicherheit nachgewiesen, andererseits aber nicht ausgeschlossen werden kann¹⁾. Eine Bestrafung der ersten Handlung ist wegen der bestehenden Zweifel ausgeschlossen ("in dubio pro reo"). Die Bestrafung einer Verwertungshandlung nach § 246 kann nur erfolgen, wenn feststeht, daß der Täter sich die Sache nicht bereits durch ein vorangegangenes Aneignungs- oder Vermögensdelikt zugeeignet hat, denn andernfalls wäre eine (nochmalige) Zueignung nicht möglich, und der Tatbestand des § 246 entfielen mangels Tat handlung. Bei der Prüfung, ob der Tatbestand der Unterschlagung durch die Verwertungshandlung erfüllt ist, würde eine vorangegangene strafbare Handlung eine für den Täter günstige Tatsache darstellen. Zwar reichte der Verdacht, sich die Sache bereits auf strafbare Weise verschafft zu haben, nicht zu einer Bestrafung der ersten Handlung aus; das bedeutet aber nicht, daß die Möglichkeit eines strafbaren Erwerbs nicht angenommen werden kann und muß, wenn eine solche Annahme für den Täter günstig ist und das Gegenteil nicht bewiesen werden kann (wiederum: in dubio pro reo). Die Anwendung des Grundsatzes "in dubio pro reo" bei der Prüfung der Strafbarkeit beider Handlungen führt also in die Situation, daß eigentlich wegen keiner der Handlungen bestraft werden dürfte, obwohl feststeht, daß sich der Täter in Bezug auf die Sache durch die eine oder andere Handlung strafbar gemacht hat. Das ist kein logischer Widerspruch, denn die Nichterweislichkeit schließt die Möglichkeit der Gegebenheit einer Tatsache nicht aus und wo die Tatsache zu Ungunsten des Angeklagten als Strafgrundlage dienen soll, geht ein bestehender Zweifel zu Gunsten des Angeklagten, d. h., die Tatsache ist als nicht gegeben anzusehen; das hindert nicht, die Tatsache als gegeben zu unterstellen, wenn bei Prüfung eines anderen Tatbestandes oder einer anderen Handlung eine solche Unterstellung zu Gunsten des Angeklagten sprechen würde.

Den gerechten Ausgleich für dieses kriminalpolitisch höchst

1) vgl. die zitierte Entscheidung BGH in MDR 1955 S. 269 und OLG Hamm JMBL. NRW 1955 S. 236

unbefriedigende Ergebnis bilden die Regeln der sogenannten Wahlfeststellung. Eine Wahlfeststellung kann nämlich auch getroffen werden, wenn eine von mehreren selbstständigen Handlungen gegen ein Strafgesetz verstößt, ohne daß sich feststellen läßt, durch welche der Handlungen dies geschehen ist¹⁾. Für den besonders häufigen Fall der einem nicht beweisbaren Betrug nachfolgende Verwertungshandlung hat Deubner²⁾ die Zulässigkeit der Wahlfeststellung unter Hinweis auf das Urteil des BGH vom 26. Juli 196³⁾ überzeugend begründet. Der BGH hält hier zwar an der Voraussetzung der rechtsethischen und psychologischen Gleichwertigkeit der Tatvorwürfe fest. Er sieht dieses Erfordernis jedoch im Verhältnis des schweren Diebstahls, der Unterschlagung und der Hehlerei zueinander als gegeben an und führt hierzu aus, daß "die verbleibenden drei Möglichkeiten des strafbaren Erwerbs (§§ 243, 246, 259) Ausprägungen ein und desselben, gegen fremdes Eigentum gerichteten Zueignungswillens, dessen Betätigung den eindeutig nachgewiesenen Kern des Geschehens darstellt", seien; und weiter: "Dieser (Kern) bleibt unberührt, gleichgültig wie und nach welchem Tatbestand der Zueignungswille betätigt worden ist". Gerade die in unserem Zusammenhang interessierenden Fälle erfüllen die vom BGH aufgestellten Voraussetzungen. Eine Wahlfeststellung kommt nämlich nur dann in Betracht, wenn das der Verwertungshandlung möglicherweise vorausgehende Delikt mit Zueignungswillen begangen wurde, da andernfalls die Verwertungshandlung selbst eine Zueignung enthalten und daher als Unterschlagung bestraft werden kann. Ob allerdings neben den oben angeführten und anerkannten Möglichkeiten einer Wahlfeststellung auch eine

1) Schönke-Schröder, § 2 b Note 10 mit weiteren Hinweisen auf die Rspr.; Schönke in Anm. zu einer Entscheidung des OLG Braunschweig, JZ 1951 S. 236

2) NJW 1962 S. 94 ff

3) NJW 1961 S. 1936 = BGHSt 16 S. 184; obwohl die Entscheidung die Verurteilung auf der wahldeutigen Grundlage der §§ 243 oder 246 oder 259 (in der Form des Ansichbringens) behandelt, trifft sie nicht unmittelbar die hier aufgeworfene Frage; in dem vom BGH entschiedenen Fall kam nämlich nur eine Handlung als Straftat in Betracht.

solche zwischen Unterschlagung und einer etwa vorausgegangenen Untreue zulässig ist, könnte man insbesondere dann bezweifeln, wenn man - wie zum Bsp. E b e n e r¹⁾ - die "personenrechtliche Grundlage" der Untreue zu sehr in den Vordergrund stellt. Es ist aber auch hier davon auszugehen, daß § 266 dem Schutz des Vermögens dient. Sein Unrechtskern²⁾ liegt also, falls es dem Täter um eine fremde bewegliche Sache geht, in der Zueignung dieser Sache. Folglich sind auch zwischen Untreue und Unterschlagung die vom BGH geforderten Bedingungen für eine Wahlfeststellung erfüllt³⁾.

Damit ist in jedem Fall, in dem ein der Verwertungshandlung vorangegangenes strafbares Tun, das eine Betätigung des Zueignungswillens darstellen würde, nicht bewiesen werden kann, die Möglichkeit einer Wahlfeststellung gegeben.

Als Ergebnis des zweiten Teils kann also festgestellt werden:

Es ist weder dogmatisch vertretbar noch kriminalpolitisch geboten, in einem Verhalten, das der Begehung eines Aneignungsdeliktes oder eines mit Zueignungswillen begangenen Vermögensverbrechens nachfolgt, eine tatbestandsmäßige Unterschlagung zu erblicken.

Damit ist ein solches Verhalten der Behandlung nach den Grundsätzen über die "straflose Nachtat" entzogen.

V.) Das kommende Recht.

Zu untersuchen bleibt, ob die im zweiten Teil erarbeiteten Lösungen auch im kommenden Recht gültig bleiben. Die Frage

1) S. 90, 98

2) Dieser Terminus wurde vom BGH a.a.O. nicht geprägt, wie es bei Deubner S. 95 den Anschein erwecken könnte.

3) CLG Braunschweig in JZ 1951 S. 235 f; Schönke-Schröder, § 2 b Note 11

wäre nur dann zu verneinen, wenn entweder der Tatbestand der Unterschlagung bzw. der Aneignungs- und Vermögensdelikte in für die Untersuchung des zweiten Teils wesentlichen Punkten geändert oder wenn das Verhältnis einer Verwertungshandlung zu einem vorangegangenen Aneignungs- oder Vermögensdelikt entgegen dem geltenden Recht ausdrücklich geregelt worden wäre.

Keine dieser drei Möglichkeiten ist gegeben. Die Vermögensdelikte bleiben nach dem Entwurf im wesentlichen unverändert. Der Unterschlagungstatbestand erhält allerdings insoweit eine grundlegende Änderung, als § 240 des Entwurfs von dem Besitz-Gewahrsams-Merkmal des bisherigen § 246 völlig absieht. Diese Neuerung hat jedoch auf das Verhältnis der Verwertungshandlungen zu etwa vorangehenden Delikten keinen Einfluß. Hierfür ist von Bedeutung, daß der Begriff der Zueignung durch den Entwurf keine Änderung erfahren hat. Damit bleiben die Schwierigkeiten auch nach dem Inkrafttreten des Entwurfs für den im zweiten Teil erörterten Problemkreis voll und ganz bestehen. Sie werden auch für diejenigen nicht beseitigt, die die Wiederholbarkeit der Zueignung anerkennen und damit in den Verwertungshandlungen tatbestandsmäßige Unterschlagungen erblicken. Die Anhänger dieser Meinung finden nämlich ihre Theorie keineswegs durch die bereits erwähnte Subsidiaritätsklausel des neuen § 240 Abs. 1 bestätigt, wie es vielleicht zunächst den Anschein haben könnte. Denn die Klausel regelt nur Fälle, in denen die aufgezählten Delikte in Form der Zueignung einer fremden beweglichen Sache begangen werden, oder umgekehrt ausgedrückt: die Zueignung muß gerade innerhalb der aufgezählten Delikte erfolgen. Die Klausel sagt nichts über das Verhältnis einer Unterschlagung zu einem etwa v o r a n g e g a n g e n e n Aneignungs- oder Vermögensdelikt und erst recht nichts darüber, ob eine Verwertungshandlung nach einem Vermögens- oder Aneignungsdelikt den Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. Das bringt der Wortlaut des § 240 Abs. 1 des Entwurfs eindeutig zum Ausdruck, wo es heißt, es dürfe nur dann aus § 240 bestraft werden, wenn d i e T a t nicht als ein anderes Aneignungs- oder Vermögens-

delikt mit Strafe bedroht sei. "Die Tat" ist die dem Verwertungsakt vorausgehende Handlung. In den für den zweiten Teil typischen Fällen bildet die Verwertungshandlung mit dem vorangegangenen Delikt keine Einheit, die als "die Tat" zu bezeichnen ist. Folglich betrifft die Subsidiaritätsklausel keine Verwertungsakte, und das für das geltende Recht Gesagte gilt auch de lege ferenda.

III. Teil

Schließlich soll das Verhältnis der Unterschlagung zu einem eventuell nachfolgenden Vermögens- oder Aneignungsdelikt an derselben Sache untersucht werden. Auch hier ist zunächst die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der in Betracht kommenden Delikte zu stellen.

I.) Zueignungsdelikte nach Unterschlagung.

1.) Diebstahl, Raub, Unterschlagung.

Auf Grund der Ergebnisse des ersten und zweiten Teils dieser Untersuchung kann das Thema des dritten Teils von vornherein beschränkt werden: mangels Wiederholbarkeit der Zueignung kann eine Sache nach vorangegangener Unterschlagung nicht noch einmal Gegenstand eines Aneignungsdeliktes sein.

Zunächst bilden natürlich eine Ausnahme die seltenen Fälle, in denen eine nochmalige Zueignung derselben Sache durch denselben Täter deshalb möglich ist, weil die volle Verfügungsgewalt nach der ersten Zueignung unterbrochen worden war.

Sodann sei der Vollständigkeit halber ein weiterer Fall erwähnt, in dem der Grundsatz der Nichtwiederholbarkeit der Zueignung durchbrochen scheint: A und B verwalten gemeinsam eine Kasse; sie haben alleinigen Mitgewahrsam an den in der Kasse befindlichen Geldern und unterschlagen eines Tages gemeinschaftlich handelnd Kassengeld; auch nach dieser Tat bleiben A und B Mitgewahrsamsinhaber des unterschlagenen Geldes (etwa, weil sie gemeinsam ein Zimmer bewohnen); bevor die Beute hälftig geteilt war, wie man es von Anfang an vorhatte, nimmt A das ganze Geld an sich und flieht.

Daß A und B sich zunächst als Mittäter einer Unterschlagung gemäß §§ 246/47 strafbar gemacht haben, liegt auf der Hand. Außerdem ist ein kriminalpolitisches Bedürfnis nach besonderer Bestrafung auch der nachfolgenden Handlungsweise des

A nicht zu leugnen, es sei denn, man bestreite die Strafwürdigkeit des "Ganovendiebstahls" überhaupt¹⁾. Eine Bestrafung des A wegen Diebstahls ist jedoch trotz Bejahung der Strafwürdigkeit seines Verhaltens dann nicht möglich, wenn ihr ein dogmatisches Bedenken, d. h. in diesem Fall, die Nichtwiederholbarkeit der Zueignung, entgegensteht.

Das ist jedoch nicht der Fall. Zunächst steht außer Zweifel, daß A das Geld "weggenommen" hat (Bruch des Mitgewahrsams des B und Begründung eigenen Alleingewahrsams). Die Wegnahme müßte jedoch eine Zueignung darstellen, um als Diebstahl bestraft werden zu können. Als Mittäter der Unterschlagung hatte sich A das Geld bereits zugeeignet. Nach dem bisher Gesagten scheint es also unmöglich, daß in der Wegnahme eine Zueignungshandlung und damit ein Diebstahl liegt (Nichtwiederholbarkeit der Zueignung). Es ist jedoch zu beachten, daß A sich das Geld zunächst nicht allein zugeeignet hat, daß vielmehr sein Komplize B an der durch die Unterschlagung begründeten Herrschaft über das Geld teilhatte. Die Nichtwiederholbarkeit der Zueignung war im zweiten Teil der Arbeit in erster Linie damit begründet worden, daß § 246 ein Zustandsdelikt enthalte und daß es unmöglich sei, den durch eine Zueignungshandlung bereits hergestellten Zustand der vollen Verfügungsgewalt über die Sache noch einmal herzustellen, solange die durch die erste Handlung geschaffene Machtposition noch fort dauert. Diese Argumentation trifft für den oben gebildeten Fall nicht ganz zu: vor der Wegnahme war A trotz der Zueignung in seinen Machtbefugnissen über das Geld noch durch die Mit herrschaft des B beschränkt. Die Wegnahme erfolgte in der Absicht, diese Einschränkung zu beseitigen, um nunmehr die alleinige volle Verfügungsgewalt über die Sache ausüben zu können. Bezüglich dieser Verfügungsgewalt ist also durch die Wegnahme eine Änderung eingetreten, wie sie die Zueignung voraussetzt. Das hat seinen Grund nicht einfach darin, daß bei jeder Wegnahme tatsächliche Herrschaftsverhältnisse geändert werden; der Dieb, der beispielsweise die gestohlene

1) so wohl Schönke-Schröder, § 242 Noten 67 und 85 ("straflose Nachtat")

Sache verleiht und sie dem Entleiher wegnimmt, eignet sie sich damit nicht erneut zu, denn seine Verfügungsgewalt über die Sache war durch die Leihe nicht zwischen ihm und dem Entleiher aufgeteilt, dauerte vielmehr auf Grund des Vertragsverhältnisses allein in der Person des Diebes fort.

Die Parallele, die zur Begründung der Nichtwiederholbarkeit der Zueignung zwischen erstem Eigentumserwerb und dem Erwerb der quasi-Eigentümerstellung im Rahmen der Zueignung gezogen worden war, kann die oben vorgeschlagene Lösung auch des vorliegenden Falles plausibel machen. Der Unmöglichkeit, zweimal das Alleineigentum an einer Sache zu erwerben, steht hier die Möglichkeit gegenüber, nach Erwerb des Miteigentums darüber hinaus das Alleineigentum zu erwerben. Die gemeinschaftliche Unterschlagung entspricht dabei dem gemeinschaftlichen Erwerb von Miteigentum an den Geldern. Durch diese Zueignung erlangte A nicht quasi-Eigentum, sondern quasi-Miteigentum. Der Möglichkeit, daß ein Miteigentümer von dem anderen Miteigentümer dessen Miteigentum erwirbt, entspricht die Möglichkeit, daß der Mittäter der Unterschlagung (= A) sich die volle a l l e i n i g e Verfügungsgewalt über die Sache verschafft.

A ist folglich wegen Unterschlagung in echter Realkonkurrenz mit Diebstahl zu bestrafen.

2.) Hehlerei nach Unterschlagung.

Eine Zueignung war als möglicher Bestandteil auch der Hehlerei in Form des Ansichbringens erkannt worden¹⁾. Da bereits in der Unterschlagung eine Zueignung liegt, bleibt für den Täter nicht mehr die Möglichkeit, dieselbe Sache nach erfolgter Unterschlagung an sich zu bringen; für eine nochmalige Zueignung, die darin gegeben sein müßte, ist kein Raum: § 259 setzt voraus, daß der Täter der Vortat (=Unterschlagung) und der Täter der Hehlerei nicht identisch sind.

1) vgl. oben I. Teil unter I 4 d

Eine nur scheinbare Ausnahme von diesem selbstverständlichen Grundsatz macht der B G H in seiner Entscheidung vom 2. Oktober 1952¹⁾, in der er die Möglichkeit bejaht, daß sich Mittäter eines Diebstahls der Hehlerei der gestohlenen Sachen schuldig machen. Eine echte Ausnahme bildet das Urteil deshalb nicht, weil nach dem Sachverhalt "das Diebesgut bereits unter die Mittäter geteilt und die Anteile in den alleinigen Besitz und die uneingeschränkte Verfügungsgewalt der einzelnen Beteiligten übergegangen waren". Die Entscheidung behandelt also einen Fall, in dem die Möglichkeit der wiederholten Zueignung auch nach der hier vertretenen Ansicht ausnahmsweise zu bejahen ist, weil die tatsächliche Verfügungsgewalt des Täters nach der ersten Zueignung beendet war und so nochmals hergestellt werden konnte. In diesem zweiten Herstellen eigener Verfügungsgewalt ein Ansichbringen und damit den Tatbestand der Hehlerei zu sehen, bestehen auch dann keine Bedenken, wenn man mit der hier vertretenen Meinung eine Zueignung grundsätzlich für nicht wiederholbar hält²⁾.

W a c h e n f e l d³⁾ hält dem entgegen, die Rechtslage dürfe im Falle der Mittäterschaft keine andere sein als im Falle der Alleintäterschaft, in welchem der Täter die von ihm an einen Hehler weitergegebene Sache wieder an sich bringt. Dem ist zuzustimmen; allerdings nicht im Sinne Wachenfeld's, der

1) JZ 1953 S. 85 f mit aus grundsätzlichen Erwägungen ablehnender Anmerkung von Hellmuth Mayer; anders auch noch RGSt 34 S. 304 ff.

2) Becker (S. 75) meint - wohl im Anschluß an Honig -, dieses Ergebnis damit begründen zu müssen, daß der Unrechts- und Schuldwert der Hehlerei über den Unrechts- und Schuldwert des Diebstahls hinausgeht; wie bereits im zweiten Teil dargelegt (und wie sich auch im dritten Teil zeigen wird), ist der Unrechtswert der "Vortat" immer dann durch die "Nachtat" überschritten, wenn die "Nachtat" den Tatbestand eines Vermögens- oder Aneignungsdeliktes erfüllt. Hieraus folgt, daß die Frage nach der Kongruenz der Unrechts- und Schuldwerte in unserem Zusammenhang identisch ist mit der Frage der Tatbestandsmäßigkeit und daß somit die Frage nicht nach Unrechts- und Schuldwert der Vor- und Nachtat, sondern nach der Tatbestandsmäßigkeit der Nachtat zu stellen ist.

3) S. 426 Anm. 3

hieraus den Schluß zieht, der Mittäter könne keine Hehlerei bezüglich der ihm nicht zugefallenen Beutestücke begehen. Vielmehr ist umgekehrt davon auszugehen, daß auch der Alleintäter im geschilderten Fall (Rückerwerb vom Hehler) wegen Hehlerei strafbar ist. Dieses Ergebnis liegt bei Anwendung der Grundsätze von der Wiederholbarkeit der Zueignung auf der Hand: durch die Weitergabe an den Hehler hatte der Vortäter die durch die Vortat (erste Zueignung) erlangte quasi-Eigentümerstellung aufgegeben; er konnte sich daher die Sache erneut zueignen, und zwar in der Form des Ansichbringens¹⁾. Damit ist der Tatbestand der Hehlerei erfüllt und der Vortäter wegen Hehlerei zu bestrafen.

S c h r ö d e r²⁾ verneint die Strafbarkeit wegen Hehlerei, da sie mangels Verletzung eines neuen Rechtsgutes straflose Nachtat sei. Der Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat" trifft jedoch hier nicht zu, da andernfalls Hehlerei immer straflose Nachtat wäre: § 259 verlangt nicht die Verletzung eines neuen Rechtsgutes, sondern genau wie die straflose Nachtat die Perpetuierung der rechtswidrigen Vermögenslage³⁾. Da diese Voraussetzung beim Mittäter wie beim Alleintäter gegeben ist, kann wegen § 259 bestraft werden⁴⁾.

Von den Vermögensdelikten spielt also die Hehlerei in unserem Problemkreis keine Rolle, da grundsätzlich die Erfüllung des Tatbestandes des § 259 nach einer einmal erfolgten Unterschlagung zumindest in der hier behandelten Form des Ansichbringens nicht mehr erfüllt werden kann⁵⁾.

1) Diese Zusammenhänge kommen auch in RGSt 34 S. 304 ff klar zum Ausdruck; wie sich aus dem folgenden Text ergibt, nimmt das RG jedoch zu Unrecht Konsumtion an.

2) Schönke-Schröder, § 259 Note 57

3) Maurach BT S. 337

4) Jagusch in LK, § 259 Anm. 6; v. Olshausen, § 259 Anm. 27; a. A. Frank, § 259 Anm. VI 2

5) Becker a.a.O. bezeichnet die Hehlerei als "kodifizierte straflose Nachtat"; kodifiziert ist die Straflosigkeit für

II.) Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung.

Umso mehr Aufmerksamkeit erfordern wegen ihrer Häufigkeit und rechtlichen Problematik die der Unterschlagung nachfolgenden Täuschungs- oder Nötigungshandlungen des Unterschlagungstäters, die ihm die durch die Unterschlagung geschaffene rechtswidrige Vermögenslage sichern oder den eigentlichen wirtschaftlichen Wert der Sache erschließen sollen.

Zwei Fallgruppen sind zu unterscheiden: der Täter wendet List, Drohung oder Gewalt an, um die drohende Entziehung der unterschlagenen Sache zu verhindern, - dann spricht man von Sicherungsbetrug oder Sicherungserpressung¹⁾; oder der Täter greift zu dem Mittel der Täuschung, um den durch Unterschlagung gewonnenen Gegenstand zu verwerten²⁾, Beispiel: die Veräußerung einer unterschlagenen Sache an einen Gutgläubigen; wollte man die Funktion der unterschlagenen Sache bei einem solchen Verhalten hervorheben, so wäre vielleicht die Bezeichnung "Verwertungsabtrag" am Platze³⁾.

1.) Sicherungsbetrug.

a.) Die Problematik des Sicherungsbetrugs liegt entgegen der h. L.⁴⁾ und der neueren Rechtsprechung⁵⁾ nicht in der Kon-

den Täter der Vortat durch entsprechende Einengung des Tatbestandes des § 259, d.h., die der Vortat nachfolgende Handlung wird von § 259 nicht trotz gegebener Tatbestandsmäßigkeit für straflos erklärt, wie die Formulierung Becker's den Anschein erweckt, vielmehr liegt eine "straflose Nachtat" schon mangels Tatbestandsmäßigkeit nicht vor.

- 1) Schröder in MDR 1950 S. 398
- 2) Darüber, daß auch dieser Fall dem Wortsinn nach unter den Sicherungsbetrug fällt, vgl. Görgen S. 42
- 3) vgl. oben II. Teil unter IV 7 f
- 4) Jagusch in LK, § 263 Anm. X 2 a ("Konsumtion"); Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. VI 3 und Anm. VII; Schöнке-Schröder, § 263 Note 144; Schwarz-Dreher, § 263 Anm. 10 A; Baumann LB S. 518; Maurach AT S. 612, BT S. 281; Petters, § 263 Anm. 9; Schröder in MDR a. a. O.; Welzel S. 320
- 5) vgl. zum Bsp. RGSt 63 S. 186 ff (192); BGH in GA 1957 S. 409/410; GA 1961 S. 83; OLG Hamm in JMBL. NRW 1957 S. 177 f

kurrenz dieses Deliktes zu der Vortat, d. h., sie ist nicht eine Frage der "straflosen Nachtat", sondern der Tatbestandsmäßigkeit des § 263.

Schröder hat als einziger Vertreter der h. M. den Versuch unternommen, die Tatbestandsmäßigkeit - insbesondere den Vermögensschaden des durch die "Vortat" Verletzten - zu begründen¹⁾. Eckstein²⁾, Frank³⁾ und Honig⁴⁾ verneinen dagegen die Tatbestandsmäßigkeit des Sicherungsbetrugs, weil "die Vermögensbeschädigung durch eine der Täuschungshandlung vorausgehende Tätigkeit bereits bewirkt worden ist"⁵⁾.

Auch das RG⁶⁾ hatte anfangs die Tatbestandsmäßigkeit der Sicherungshandlung (§ 263) verneint, weil die Vermögensbeschädigung bereits durch die vorangegangene Unterschlagung bewirkt worden sei und es deshalb an dem erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen der Irrtumserregung und der Vermögensbeschädigung fehle.

b.) Den Ausführungen Schröder's ist bereits Becker⁷⁾ entgegen getreten, der zwar auch einen durch die unterlas-

1) a.a.O.; in einem früheren Aufsatz (SJZ 1950 Sp. 99) kommt dieser Gedanke noch nicht so klar zum Ausdruck: wenn es dort heißt, die nachfolgende Täuschung komme als Mittel einer Vermögensbeschädigung nicht mehr in Betracht, so bedeutet das m. a. W., der Tatbestand des § 263 sei mangels Kausalität der Täuschung für den Vermögensschaden nicht erfüllt; damit ist aber der Sicherungsbetrag dem Kreis der "straflosen Nachtaten" entzogen, da die "strafl. Nachtat" eine tatbestandsmäßige Handlung voraussetzt.

2) Ger. S. 78 S. 438

3) § 263 Anm. XI 3 a

4) S. 103

5) Honig a.a.O.

6) RGSt 24 S. 408 ff (410); so auch Olshausen, § 263 Anm. 56 I II

7) S. 63 ff

sene Geltendmachung des Restitutionsanspruchs verursachten Vermögensschaden des Eigentümers bejaht, die Straflosigkeit des betrügerischen Verhaltens jedoch verneint, weil der Unrechts- und Schuldwert der "Vortat" über den Unrechts- und Schuldwert der "Nachtat" hinausgehe. Becker nimmt dementsprechend echte Realkonkurrenz zwischen Vortat und Sicherungsbetrug an.

Zu dem gleichen Ergebnis gelangt G ö r g e n auf Grund erschöpfender Untersuchung der Tatbestandsmäßigkeit des § 263¹⁾. Sie bejaht die Tatbestandsmäßigkeit des Betrugs dann, "wenn der durch die Vortat Geschädigte durch unmittelbare Einwirkung des Täters dazu gebracht wird, Restitutionsansprüche gegen den Täter bewußt zu unterlassen"²⁾. Liegen diese (engen) Voraussetzungen nicht vor, dann entfällt der Tatbestand des Betrugs; von dem Sicherungsbetrug als "strafloser Nachtat" kann in diesem Fall von vornherein keine Rede sein, da eine "straflose Nachtat" eine tatbestandsmäßige Handlung voraussetzt. Sind die Voraussetzungen aber gegeben, dann scheitert die Straflosigkeit des Sicherungsbetrugs daran, daß durch die Täuschung selbständige Vermögenswerte (Restitutionsansprüche) des Getäuschten betroffen werden; es wird ein neuer Schaden verursacht. Sicherungsbetrug ist also niemals als "straflose Nachtat" zu behandeln.

c.) Den Ausführungen G ö r g e n's ist nichts wesentliches³⁾ hinzuzufügen, es sei denn, man wolle den Widerspruch, der in der

1) S. 50 ff

2) S. 76

3) Besondere Aktualität hat in neuerer Zeit das Problem des Diebstahls in Selbstbedienungsläden erhalten, das deshalb nicht unerwähnt bleibe, weil auch in diesem Zusammenhang mit dem Begriff "Sicherungsbetrug" gearbeitet wird (so zum Bsp. Schönke-Schröder, § 73 Vorbem. Note 7o); vgl. zu diesem Problem: Schönke-Schröder, § 263 Note 41; Huschka in NJW 1960 S. 1189 ff; Cordier in NJW 1961 S. 1340 f; Welzel in einer Anmerkung zum Urteil des OLG Düsseldorf vom 10. Mai 1961 in GA 1961 S. 348 ff (350 ff); BGH in NJW 1961 S. 2266 ff; sowie schließlich BGH in NJW 1962 S. 1211 ff

h. M. enthalten ist, schärfer herausstellen: so sehr die Meinungen über den systematischen Standort der "straflosen Nachtat" innerhalb der Konkurrenzlehre auseinandergehen, unbestritten ist, daß nur ein **t a t b e s t a n d s m ä ß i - g e s** Verhalten als "straflose Nachtat" behandelt werden kann. Wenn die h. M. also den Sicherungsbetrug den Regeln über die "straflose Nachtat" unterstellt, geht sie davon aus, daß durch das betrügerische Verhalten des Täters (der Tatbestand des § 263 erfüllt, d. h.) beim Opfer ein Vermögensschaden verursacht worden ist. Andererseits besteht eine anerkannte Grenze der "straflosen Nachtat" darin, daß der Täter nicht "eine neue und andere" Schädigung verursacht, die über den Schaden der Vortat hinausgeht¹⁾. Da derselbe Schaden nicht zweimal verursacht werden kann, stellt die Schadensverursachung (die bei Prüfung des § 263 von der h. M. bejaht wird) eine "neue und andere" Schädigung dar; somit ist aber die oben angegebene Grenze der "straflosen Nachtat" überschritten und der Sicherungsbetrug nach § 263 strafbar. Offensichtlich im Hinblick auf den dargelegten Widerspruch verwendet die h. M. denn auch im Falle des Sicherungsbetrugs nicht den allgemein gebräuchlichen, klaren und verständlichen Begriff der **V e r u r s a c h u n g** eines Vermögensschadens (wie ihn § 263 voraussetzt), sondern gebraucht Formulierungen wie etwa "Vertiefung", "Perpetuierung" oder "Fortsetzung" des Schadens²⁾. Wie wenig eindeutig diese Begriffe sind, beweist die Tatsache, daß der BGH³⁾ sowie Baumann⁴⁾ bei einer "Vertiefung" des durch die Vortat angerichteten Schadens die Grenzen der "straflosen Nachtat" als überschritten ansehen und die Nachtat bestrafen wollen, während doch Maurach und Schröder diesen Ausdruck gerade verwenden, um die Voraussetzungen der "straflosen Nachtat" zu begründen.

1) Schönke-Schröder, § 263 Note 144

2) vgl. zum Bsp. Schröder in MDR 1950 S. 398; Maurach AT S. 612; BGH in GA 1961 S. 83

3) GA 1957 S. 409 f (410) sowie die S. 118 Anm. 3 angegebene Entscheidung

4) LB S. 518

Die Unsicherheit der h. M. tritt bei M a u r a c h¹⁾ ein-
drucksvoll zutage: er führt aus, Sicherung des Gewinns ei-
ner bereits strafbar erworbenen Sache sei auch bei Verwendung
täuschender Mittel in der Regel kein Betrug, "da die Vermö-
gensbeschädigung schon vor der 'Vermögensverfügung' (dem
Nichtgeltendmachen des Rückgabebanspruchs) liegt, jedenfalls
als Nachtat straflos ist". Solche Widersprüchlichkeit kann
die h. M. nur beseitigen, wenn sie den Sicherungsbetrug der
Behandlung nach den Regeln der "straflosen Nachtat" entzieht.
Die von ihr gewünschte Strafflosigkeit des Sicherungsbetrugs
ergäbe sich dann aus dem Mangel einer Vermögensbeschädigung,
deren klare Begründung innerhalb der "straflosen Nachtat"
der h. M. anscheinend so schwer fällt²⁾. Wenn auch dieses
Ergebnis dem hier gewonnenen nicht in allen Fällen gleich
ist, so mangelte seiner Begründung doch nicht die Folgerich-
tigkeit. Dabei könnte sich die h. M. sogar auf die ältere
Rspr. des RG berufen, das ebenfalls die Verursachung eines
Vermögensschadens grundsätzlich verneint hatte³⁾.

Einen eigenartigen Fall, der meist als Beispiel des Sicherungs-
betrugs angegeben wird, enthält die auch von G ö r g e n⁴⁾ zitierte
Entscheidung des OLG H a m m vom 15. April 1957⁵⁾. G ö r g e n
geht allerdings nicht auf die Besonderheit dieses Urteils
ein: ein Fuhrunternehmer hatte verbilligte ("Deputat-")
Kohle, die von Belegschaftsmitgliedern bei ihrer Zeche be-
stellt worden war, im Auftrag der Zechenverwaltung den Be-

1) BT S. 295 (vor III)

2) Der BGH (GA 1961 S. 83) meint sogar, der Schaden sei schon
durch die Unterschlagung entstanden u n d der Täter er-
strebe keinen neuen Vermögensvorteil; er verneint also den
Tatbestand des Betruges nicht nur mangels eines Schadens,
sondern auch mangels Bereicherungsabsicht. Umso unver-
ständlicher ist es, wenn er anschließend ausführt, die
Strafbarkeit des "Betruges" (!) sei durch die Bestrafung
wegen der vorausgegangenen Unterschlagung mit abgegolten.

3) vgl. die oben zitierte Entsch. Bd. 24 S. 408 ff

4) S. 45 Anm. 1 und S. 47

5) JMBL. NRW 1957 S. 177 f

stellern anzuliefern; er brachte jedoch die Kohle nicht unmittelbar zu den Empfängern, sondern lud vorher zwei bis drei Zentner je Fuhre für sich ab. Den Bestellern gab er die von der Zeche erhaltene Wiegekarte mit dem ursprünglichen Gewicht der Kohle ab. Das OLG betrachtet das Verhalten des Angeklagten gegenüber den Empfängern der Kohle als Sicherungsbetrug und sieht hierin eine "straflose Nachtat" zu der vorangegangenen Unterschlagung. Es anerkennt zwar auch die Grenze der "straflosen Nachtat", die darin besteht, daß der nachfolgende Betrug sich nicht gegen das Vermögen einer anderen Person richten darf als die vorhergehende Unterschlagung, ist aber offensichtlich der Meinung, im vorliegenden Fall sei diese Grenze nicht überschritten: "Der Vermögensschaden, den er dadurch (Betrug) den Bestellern zuzügen wollte und zugefügt hat, bestand lediglich darin, daß sich der Verlust an ihrem Vermögen verfestigte, der ihnen durch die Unterschlagung bereits zugefügt worden war"¹⁾. Diese Ausführungen sind mit dem geschilderten Sachverhalt schlecht in Einklang zu bringen. Hiernach ging das Eigentum an den gelieferten Kohlen frühestens mit der Übergabe an die Besteller auf letztere über. Bis zu diesem Zeitpunkt war die Zeche Eigentümerin. Eine andere (zivilrechtliche) Situation ist kaum denkbar, jedenfalls nach dem mitgeteilten Sachverhalt ausgeschlossen. Im Zeitpunkt der Zueignung war also die Zeche noch Eigentümerin der Kohlen. Folglich richtete sich die Unterschlagung gegen die Zeche. Es ist demnach nicht einzusehen, wie das Gericht von einem Vermögensverlust der Besteller ausgehen kann, "der ihnen durch die Unterschlagung bereits zugefügt worden war". Durch die Unterschlagung wurde lediglich das Eigentum der Zeche verletzt. Die Empfänger der Kohlen waren allenfalls insofern betroffen, als durch die Zueignung ein (später gegen sie begangener) Betrug erforderlich und vorbereitet wurde. In der Tat liegt nämlich in dem späteren Verhalten des Angeklagten eine Täuschungshandlung, und zwar nicht bloß durch Unterlassen (Verschweigen), wie das Landgericht meinte, sondern durch schlüssiges

1) a. a. O. S. 178

Handeln: indem der Angeklagte den Bestellern die Wiegekarte aushändigte, erklärte er damit konkludent, das Gewicht der gelieferten Kohle stimme mit dem auf der Karte vermerkten Gewicht überein. Die Besteller wurden durch den entsprechenden Irrtum dazu veranlaßt, auf die Geltendmachung ihres Anspruches auf Lieferung der fehlenden Kohle zu verzichten; erst hierdurch wurden sie in ihrem Vermögen geschädigt. Selbst wenn man mit dem OLG Hamm den Fall trotz seiner Eigenart als Sicherungsbetrug bezeichnet und darüber hinaus mit der h. M. den Sicherungsbetrug grundsätzlich als "straflose Nachtat" behandelt, muß man dennoch nach § 263 bestrafen, weil sich der Betrug gegen das Vermögen eines Dritten, der durch die Unterschlagung noch nicht betroffen war, richtet und somit eine Grenze der "straflosen Nachtat" überschritten ist.

2.) Sicherungserpressung.

Das über den Sicherungsbetrug Gesagte, gilt für die Sicherungserpressung gleichermaßen¹⁾. Der einzige Unterschied besteht darin, daß das Opfer nicht auf Grund einer Täuschung, sondern einer Nötigung die Geltendmachung der Restitutionsansprüche unterläßt. Die Voraussetzungen, die Görgen²⁾ für Vermögensverfügung und Vermögensschaden aufstellt, sind allerdings bei der Sicherungserpressung grundsätzlich gegeben: das Opfer verzichtet nämlich gerade in Anbetracht der Nötigung, d. h., es unterläßt die Geltendmachung der Restitutionsansprüche, obwohl ihm bewußt ist, daß es diese gegen den Täter hat und geltend machen könnte.

III.) Verwertungsbetrug.

1.) Verwertung einer unterschlagenen Sache durch Veräußerung.

Ein Fall der zweiten Gruppe ("Verwertungsbetrug") wurde bereits im zweiten Teil dargestellt und gelöst: die Veräußerung

1) Insoweit übereinstimmend: Schröder in SJZ 1950 Sp. 98

2) S. 76

einer gestohlenen oder sonst abhanden gekommenen unterschlagenen Sache an einen Gutgläubigen ist auch dann als Betrug strafbar, wenn man die Frage der Wiederholbarkeit der Zueignung verneint¹⁾. Es wurde auch schon darauf hingewiesen, daß dasselbe für die Veräußerung einer nicht abhandengekommenen unterschlagenen Sache gilt, wenn man mit der Rechtsprechung trotz des gutgläubigen Eigentumserwerbs nach § 932 BGB die Möglichkeit des Eintritts eines Vermögensschadens beim Erwerber grundsätzlich bejaht.

Daß man auch bei Ablehnung dieser sehr bestrittenen Meinung zur Bestrafung wegen eines Betrugs v e r s u c h s gelangen kann, zeigt die Entscheidung des RG vom 12. November 1914²⁾: zwar ist dem getäuschten Erwerber kein Schaden entstanden, weil er gutgläubig Eigentum erwarb; der Täter wußte aber von diesem Eigentumsübergang nichts, sondern nahm an, dem Getäuschten werde ein Vermögensschaden entstehen. Er hatte also den für einen Betrugsversuch gemäß § 43 erforderlichen Tatentschluß durch eine Täuschungshandlung betätigt und damit einen Anfang mit der Ausführung des Betrugs gemacht. Dieses Ergebnis entspricht voll und ganz den Regeln über den untauglichen Versuch: ein nicht erfülltes (und auf diese Art nicht erfüllbares) Tatbestandsmerkmal wird dadurch "ersetzt", daß der Täter es in seine Vorstellung aufgenommen hat und verwirklichen w i l l.

Wesentlich über dieses Urteil des RG geht ein Urteil des OLG S t u t t g a r t vom 21. September 1961³⁾ hinaus: der Senat billigt die Entscheidung des Landgerichts, das wegen un-

1) a. A. Eckstein (GA 59 S. 422), der den Tatbestand des Betrugs verneinte, weil die Bereicherung des Täters bereits in der Zueignung liege, der Täter bei der Veräußerung also nicht mit Bereicherungsabsicht handle. Die Unrichtigkeit dieser Meinung zeigt sich auf den ersten Blick: vor der Veräußerung ist der Täter unrechtmäßiger Besitzer einer fremden Sache, der Betrug verschafft ihm den vollen Gegenwert dieser Sache, und zwar zu Eigentum (Kaufpreis).

2) RGSt 49 S. 16 ff (20)

3) Feuerhake Rspr. III (314) 48 b = NJW 1962 S. 65

tauglichen Versuchs der Unterschlagung und des Betrugs verurteilt hatte, weil der Angeklagte einen vermeintlich fremden Pkw an einen "gutgläubigen" Dritten veräußerte. Die nächstliegende Frage, nämlich ob in der Veräußerung einer tatsächlichen fremden Sache an einen Gutgläubigen überhaupt ein vollendeter Betrug liege, schneidet das Gericht nicht an¹⁾. Es genügt ihm die Feststellung, daß der Angeklagte den Erwerber schädigen wollte. Anders als im Fall, den das RG zu entscheiden hatte und in dem es sich um eine wirklich unterschlagene Sache handelte, beruht hier die Verurteilung wegen untauglichen Betrugsversuchs auf einer doppelten Fehlvorstellung des Angeklagten²⁾: zunächst irrt er sich über die Fremdheit der Sache, indem er seinen eigenen Pkw für einen fremden hält; sodann nimmt er irrig an, durch die Veräußerung einer fremden Sache entstehe beim Erwerber ein Vermögensschaden³⁾.

Die Gründe, warum in der Veräußerung einer unterschlagenen Sache kein Betrug gegenüber dem (früheren) Eigentümer liegt, sind bereits in der zuletzt zitierten Entscheidung des RG enthalten: zunächst verfügt nicht der Getäuschte, wie es § 263 voraussetzt, sondern der Täter selbst (wenn auch unrechtmäßig); sodann tritt durch die Verfügung kein Vermögensschaden beim früheren Eigentümer ein. Denn sein Vermögen ist bereits durch die Unterschlagung geschädigt worden. Durch die Veräußerung werden neben den tatsächlichen lediglich auch die rechtlichen Verhältnisse des bisherigen Eigentümers zur Sache geändert⁴⁾.

1) bzw. läßt sie unbeantwortet; nach Baumann (NJW 1962 S. 16) soll das Gericht sie im nicht veröffentlichten Teil der Entscheidung ausdrücklich dahingestellt sein lassen.

2) Wenn man bei Veräußerung einer unterschlagenen Sache die Entstehung eines Vermögensschadens beim Erwerber verneint; diese Möglichkeit darf unterstellt werden, da das OLG die Frage offen läßt.

3) vgl. zur Abgrenzung des untauglichen Versuchs vom Wahndelikt in diesem Fall Baumann in NJW a. a. O.

4) vgl. hierzu eingehend Weimar MDR 1961 S. 24 ff

Schließlich ist zum Verhältnis eines in der Veräußerung liegenden Betrugs zu einem vorangegangenen Aneignungsdelikt in Ergänzung des bereits im zweiten Teil Gesagten folgendes zu bemerken: Zwischen beiden Delikten besteht echte Realkonkurrenz. Außer diesem Konkurrenzverhältnis gibt es zwischen ihnen keinerlei strafrechtliche Beziehungen. Die veräußerte Sache ist lediglich Mittel zur Begehung des Betrugs; Tatobjekt ist nicht die veräußerte Sache, sondern die erschwindelte Gegenleistung. Die Grundsätze von der "straflosen Nachtat" kommen von vornherein nicht zum Zuge, da sie voraussetzen, daß das Tatobjekt der Vortat identisch ist mit dem Tatobjekt der Nachtat (Beispiel für Identität: Zerstören einer gestohlenen Sache). Die Feststellung, daß durch den Betrug das Vermögen einer anderen Person beschädigt wird als durch das vorangegangene Aneignungsverbrechen, ist demzufolge überflüssig und wertlos: sie hätte nur Bedeutung, wenn es auf die Beantwortung der Frage ankäme, ob durch den Betrug (als Nachtat) die Grenzen der "straflosen Nachtat" überschritten sind.

2.) Verwertung eines gestohlenen oder unterschlagenen Sparkassenbuches durch Abheben der Einlage.

Man könnte auch die Verwertung eines unterschlagenen Sparkassenbuches als "Verwertungsbetrug" bezeichnen, worin natürlich insofern eine Voreiligkeit liegt, als erst einmal nachgewiesen werden muß, ob überhaupt der Tatbestand des § 263 erfüllt ist, bevor von einem Betrug die Rede sein kann.

Strafrechtlich ist das Abheben auf ein gestohlenen und ein unterschlagenes Sparkassenbuch gleich zu behandeln: in beiden Fällen geht der Verwertungshandlung eine vollendete Zueignung voraus¹⁾.

1) vgl. oben I. Teil unter II 2; es ist nicht einzusehen, warum bei der Wegnahme eines Sparkassenbuches zum Zwecke der Abhebung eines Teilbetrages etwas anderes gelten soll, wie Lerch (S. 75) behauptet, als im Falle der Wegnahme einer anderen fremden beweglichen Sache. Lerch scheint davon auszugehen (S. 76 oben), daß man sich ein Sparkassenbuch aus-

a.) Das R G neigte offensichtlich dazu, in der Hebung auf ein zugeeignetes Sparkassenbuch nicht den Tatbestand eines Betrugs zu erblicken. Wenn es eine "Betrugskonstruktion" als "unhaltbar" abweist¹⁾, weil das abgehobene Geld ohne Rücksicht auf die Berechtigung des Täters ausgezahlt worden sei, vor allem aber, weil "der Instanzrichter würde dahin gedrängt werden, es schließlich dem Angeklagten zum Betrage zuzurechnen, daß er sich dem Sparkassenrendanten gegenüber nicht freiwillig als Dieb... deklariert hat", so liegt hierin die Verneinung des Betrugstatbestandes aus zwei Gründen: einmal sei die Auszahlung nicht in Folge eines Irrtums geschehen und zum anderen habe der Täter keine Täuschungshandlung begangen. Auch in einer späteren Entscheidung bezweifelte das RG, daß in dem bloßen Vorlegen des Buches eine Täuschungshandlung oder Irrtumserregung gefunden werden könne²⁾. In diesem Urteil wird noch ein weiterer Gesichtspunkt, der ebenfalls die Tatbestandsmäßigkeit des Betrugs betrifft, herausgestellt: mit der Vollendung des Diebstahls sei "die von der Angeklagten erstrebte Beschädigung des Vermögens eingetreten, die Sparkassenbücher mit den ihnen eigentümlichen Werten (dem) Vermögen bereits entzogen" gewesen³⁾. Mit diesen Ausführungen wandte sich das RG gegen das Vorliegen eines durch das Abheben verursachten Vermögensschadens. Wenn im folgenden davon die Rede ist, daß im Abheben "kein neuer, sondern nur ein fortgesetzter, aber bereits durch die Bestrafung wegen Diebstahls zur Sühne gebrachter Eingriff in fremdes Eigentum erblickt werden" könne, so darf das nicht darüber hinwegtäuschen, daß das RG die Strafbar-

schließlich durch Abhebung der Einlage zueignen könne. In Wirklichkeit genügt - wie bei anderen Sachen - auch hier jede andere Manifestation des Zueignungswillens, so in erster Linie die Wegnahme. Ob der Täter beabsichtigt, nur einen Teil oder die ganze Einlage abzuheben, spielt dabei keine Rolle; von einer "Teilzueignung" zu sprechen (Lerch S. 76), ist wenig sinnvoll, da in beiden Verhaltensweisen eine vollendete Zueignung liegt.

1) RGSt 26 S. 151 ff (154)

2) RGSt 39 S. 239 ff (242)

3) S. 243

keit des "Betrugs" nicht aus Konkurrenzgesichtspunkten ("straflose Nachtat"), sondern wegen fehlender Tatbestandsmäßigkeit verneinte¹⁾. Als "straflose Nachtat" bezeichnete das RG das Abheben erst in einem Urteil aus dem Jahre 1917²⁾, ohne allerdings auf die in früheren Urteilen mit Recht aufgeworfenen Tatbestandsfragen einzugehen.

Der Behauptung Görge's, das RG habe den zur Verwertung deliktischer Vorteile begangenen Betrug "stets" als "straflose Nachtat" behandelt, kann in Anbetracht der zitierten Entscheidungen jedenfalls nicht zugestimmt werden. Die von Görge angeführten Entscheidungen³⁾ sind nämlich nicht geeignet, die Behauptung zu belegen: die Urteile im 15. und 62. Band betreffen nicht den Verwertungsbetrug, sondern die umgekehrte Frage, ob die einem Betrug nachfolgende Verwertungshandlung als Unterschlagung zu bestrafen sei; die Entscheidungen im 39. und 49. Band behandeln das Problem unter dem Gesichtspunkt der Tatbestandsmäßigkeit.

In Fällen, in denen durch die Verwertung eine wirkliche Schädigung des Eigentümers trotz vorhergehender Zueignung der Sache möglich und eingetreten war, weil durch die Zueignung der Sachen (Formulare für Freifahrtscheine, quittierte Postanweisung) nicht wie beim Sparbuch zugleich die in den Papieren bezeichnete Berechtigung dem Vermögen des Eigentümers der Papiere entzogen wurde, hat das RG denn auch wegen Betrugs bestraft⁴⁾.

Indem das RG trotz Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit des § 263 in späteren Entscheidungen betonte, "der Betrug" sei durch die Bestrafung wegen der vorausgegangenen Zueignung mit abgegolten und so den Gesichtspunkt der "straflosen

1) vgl. Honig S. 104/105

2) LZ 1918 Sp. 327

3) RGSt 15 S. 426 ff; 39 S. 239 ff; 49 S. 16 ff; 62 S. 61 ff

4) RGSt 43 S. 60 ff (65/66); 49 S. 405 ff (408)

Nachtat" heranzieht, verwickelt es sich in die gleichen Widersprüche wie bei der Behandlung des Sicherungsbetrugs.

b.) Der B G H¹⁾ ist der Rechtsprechung des RG gefolgt. Der Widerspruch, der darin liegt, daß einerseits ein durch Täuschung verursachter Vermögensschaden verneint und andererseits das Verhalten als "straflose Nachtat", d. h. als tatbestandsmäßiger Betrug, behandelt wird, tritt in der zitierten Entscheidung besonders deutlich zutage: von einer Erweiterung oder Vertiefung²⁾ des der Eigentümerin schon durch den Diebstahl des Postsparbuches entstandenen Schadens könne nicht die Rede sein; der Täter habe durch die Abhebung nicht erneut in das Vermögen oder das Eigentum der Bucheigentümerin eingegriffen. Es ist völlig unerfindlich, worin dann noch die Verursachung eines Vermögensschadens und damit ein Betrug, der durch die Bestrafung wegen Diebstahls abgegolten sein soll, gesehen werden kann.

c.) Die h. L.³⁾ verneint dagegen die Tatbestandsmäßigkeit des Betrugs schon wegen fehlender Täuschungshandlung des Täters oder wegen fehlenden Irrtums beim Auszahlenden. Sie weist auf die Funktion des Sparkassenbuches als Legitimationspapier hin, die die Kasse nach § 808 BGB berechtere, an den vorlegenden Inhaber zu zahlen. Der Inhaber habe es nicht nötig, über seine Nichtberechtigung zu täuschen, da sich der auszahlende Sparkassenbeamte über die Person des Berechtigten keine Gedanken mache, jedenfalls aber die Auszahlung ohne Rücksicht auf etwaige Fehlvorstellungen bewirke (keine Kausalität)⁴⁾.

1) MDR 1957 S. 652

2) bei deren Bejahung nach Meinung des BGH wegen Betrugs zu bestrafen wäre.

3) Frank, § 263 Anm. II 1 (S. 583); Kohlrausch-Lange, § 263 Anm. III; Schönke-Schröder, 10. Aufl., § 263 Anm. IV 6; Maurach BT S. 282/283; von Olshausen, § 263 Anm. 13 c, Anm. 17

4) Maurach a.a.O.; von Olshausen a. a. O.

Dem hält M e z g e r¹⁾ entgegen, eine Täuschungshandlung liege in der Art des Auftretens des Nichtberechtigten; der Beamte irre sich über die Berechtigung des Inhabers und es komme lediglich darauf an, ob er bei Kenntnis der wahren Sachlage an den Unberechtigten nicht gezahlt hätte, was regelmäßig anzunehmen sei.

Für die Ansicht Mezger's sprechen bürgerlich-rechtliche Gesichtspunkte^{1a)}. Wenn M a u r a c h behauptet, der Beamte zahle ohne Rücksicht auf etwaige Fehlvorstellungen aus, so heißt das m. a. W., selbst wenn er die Nichtberechtigung gekannt hätte, hätte er die Auszahlung bewirkt. In diesem Fall wird die Sparkasse jedoch trotz des § 808 BGB nicht von ihrer Schuld befreit bzw. macht sich dem wahren Gläubiger gegenüber schadensersatzpflichtig, was praktisch auf das gleiche hinausläuft²⁾. Der auszahlende Beamte wird also - soweit er redlich ist - die Auszahlung bei Kenntnis der Nichtberechtigung i m m e r verhindern. Eine etwaige Fehlvorstellung wäre demnach in jedem Fall kausal für die Auszahlung.

Dafür, daß sich der Beamte überhaupt Gedanken über die Berechtigung macht, d. h., eine Vorstellung von der Berechtigung hat, sprechen weitere bürgerlich-rechtliche Erwägungen. Nach der Rechtsprechung des B G H in Zivilsachen³⁾ wird die Sparkasse durch Auszahlung an den nichtberechtigten Inhaber dann nicht von ihrer Schuld befreit, wenn es sich um ein Gut haben mit langfristiger Kündigung handelt und der Berechtigte nicht gekündigt hatte. Für den Fall der gesetzlichen Kündigungsfrist bestätigt das OLG H a m m⁴⁾ dieses Ergebnis, falls der ausgezahlte Betrag 1.000,--DM übersteigt. Sind

1) BT S. 170; ebenso schon Binding I S. 265/266 Anm. 1 sowie Höltzenbein S. 27 ff

1a) vgl. jetzt Schönke-Schröder, § 263 Note 38 am Ende

2) RGZ 89 S. 401 ff (403); Esser S. 667

3) NJW 1959 S. 622 f

4) NJW 1961 S. 1311 f

diese Voraussetzungen gegeben, dann geht die Sparkasse also ein Risiko ein, wenn sie an einen Nichtberechtigten zahlt, da sie Gefahr läuft, vom Berechtigten nochmals in Anspruch genommen zu werden. Es ist kaum anzunehmen, daß die Rechtsprechung in Zivilsachen der ratio des § 808 BGB entspricht, denn die durch diese Vorschrift bezweckte Legitimationsfunktion des Sparkassenbuches wird weitgehend zerstört. Im Zusammenhang dieser Untersuchung ist jedoch allein von Bedeutung, wie die zivilistische Praxis den § 808 BGB handhabt. Denn das Verhalten der Sparkassen, d. h. der mit der Auszahlung befaßten Bediensteten, ist einzig nach den praktischen Folgen (Schadensersatzansprüche) ausgerichtet. Hier nach ist die Auszahlung an einen nichtberechtigten Inhaber eines Sparkassenbuches ein Risiko für die Sparkasse, das sie durch äußerste Vorsicht zu vermeiden oder zu verringern suchen wird. Jedenfalls wird sich der Sparkassenbeamte Gedanken machen über die Berechtigung und erst dann eine Auszahlung bewirken, wenn er von der Redlichkeit des Vorlegers überzeugt ist. Man kann demnach einen Irrtum des Beamten nicht mit dem Hinweis bestreiten, dieser habe überhaupt keine Vorstellung (sogenannte ignorantia facti). Sieht man also in der Vorlage des Buches die Vortäuschung der Berechtigung durch schlüssiges Handeln, dann muß man auch die weiteren Voraussetzungen des § 263 - Erregung eines Irrtums, der seinerseits eine Vermögensverfügung veranlaßt, - bejahen. Außerdem sind diese Voraussetzungen ohne Zweifel dann gegeben, wenn der Täter auf eine dahingehende Frage des Sparkassenbeamten sich als berechtigten Inhaber bezeichnet¹⁾. In diesem Fall täuscht er durch ausdrückliche (im Gegensatz zur schlüssigen) Vorspiegelung einer falschen Tatsache und erregt beim Beamten einen entsprechenden Irrtum. Durch seine Frage gibt der Beamte zu erkennen, daß er nur auszahlt, weil er den Täter für berechtigt erachtet; die erforderliche Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung ist also eindeutig gegeben.

1) Schönke-Schröder, § 263 Note 38, Hölitzbein S. 30

Das leugnen auch die oben angegebenen Vertreter der herrschenden Lehre nicht. Sie deklarieren jedoch ein auf Grund der besonderen Fallgestaltung zu bejahendes betrügerisches Verhalten als "straflose Nachtat" zu dem vorangegangenen Verschaffungsdelikt, bejahen also die Tatbestandsmäßigkeit des § 263¹⁾.

d.) Der Tatbestand des Betrugs ist aber nur dann erfüllt, wenn durch die Verfügung ein Schaden entsteht. Binding²⁾ betrachtete die Abhebung mittels eines zugeeigneten Sparkassenbuches als "Novation des Schadens" und vermochte, "obgleich die Merkmale des Betrugs nicht fehlen" diese Handlung nicht als real konkurrierenden Betrug zu bestrafen. Damit begab er sich auf den gleichen Weg, den das RG gegangen ist und den die h. L. und der BGH heute noch gehen: ohne das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens einleuchtend zu begründen, wird der im Abheben liegende "Betrug" für zwar tatbestandsmäßig aber straflos erklärt.

In der Kritik der h. M. ist bereits der Weg zur Lösung des Problems der Abhebung mittels eines zugeeigneten Sparkassenbuches vorgezeichnet: durch die Zueignung des Buches werden zugleich die "ihm eigentümlichen Werte"³⁾ dem Vermögen des Eigentümers entzogen; damit ist der Vermögensschaden eingetreten. Er kann durch Abheben des Guthabens nicht "novirt"⁴⁾ werden, da die Erneuerung eines Schadens vor der Reparation des alten nicht denkbar ist. Wenn Binding das Vorliegen eines Vermögensschadens bejahte, so muß ihm allerdings zugute gehalten werden, daß er in der "Vortat" dann keine Zueignung sah, wenn der Täter nur einen Teil des Guthabens ab-

1) Jagusch in LK, § 263 Anm. 12 a; v. Olshausen, § 263 Anm. 56; Schönke-Schröder, § 263 Note 144

2) I S. 265 Anm. 1 (266 vorletzter Absatz), der übrigens nur dann eine Zueignung des Sparkassenbuches annahm, wenn der Täter es dem Eigentümer dauernd entziehen, d. h. insbesondere das ganze Guthaben abheben wollte.

3) RGSt 39 S. 243

4) wie Binding a.a.O. meint

zuheben beabsichtigte. Daher lag für ihn die Annahme nahe, erst im Abheben liege eine Vermögensbeschädigung. Das R M G¹⁾ hat aus den letztlich gleichen Erwägungen in der unberechtigten Hebung eines Sparguthabens eine Vermögensbeschädigung anerkannt, dementsprechend "die sämtlichen Voraussetzungen eines Betrugsvergehens" als erfüllt angesehen und sogar wegen Betrugs bestraft. Zur Bejahung dieser Voraussetzungen, insbesondere also des Vermögensschadens, sah es sich nämlich zur der Feststellung veranlaßt, daß der Täter das Buch nicht vorher gestohlen oder durch Betrug oder auf sonst strafbare Weise erlangt hatte; im Zeitpunkt der Entgegennahme sei es ihm noch nicht darum zu tun gewesen, das Guthaben ganz oder teilweise zur Verwendung für sich zu behalten. Diese Feststellungen haben keinen anderen Inhalt und Zweck als auszuschließen, daß dem Abheben des Geldes mittels des Sparkassenbuches bereits eine Zueignung des Buches vorausgegangen sei. Wäre das Gericht zu der Überzeugung gelangt, daß eine solche Zueignung vorgelegen hätte, dann hätte es konsequenterweise eine Bestrafung wegen Betrugs deshalb verneinen müssen, weil durch das Abheben kein Schaden eingetreten ist, denn es begründet seine Behauptung, ein Betrug, d. h., eine Vermögensbeschädigung sei gegeben, ausschließlich mit dem Hinweis auf das Nichtvorliegen einer vorhergehenden Zueignung. Das RMG gab allerdings nicht die fehlende Tatbestandsmäßigkeit als Grund für die etwaige Nichtanwendbarkeit des § 263 an, sondern berief sich auf den Grundsatz der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach die Verwertung einer durch eine strafbare Handlung erlangten Sache keinen neuen, sondern nur einen fortgesetzten, durch die frühere Bestrafung bereits zur Sühne gelangten Eingriff in das fremde Vermögen bildet; mit anderen Worten hätte das Gericht bei vorangegangenen deliktischen Erwerb den Fall der später sogenannten straflosen Nachtat unterstellt. Obwohl das Urteil zu einer Bestrafung wegen Betrugs gelangt, unterscheidet es sich demzufolge nicht von der späteren Rechtsprechung des RG. Es muß sich also alle Bedenken entgegen-

1) Band 15 S. 295 ff (300/301)

halten lassen, die oben gegen diese Rechtsprechung geäußert wurden.

Der Tatbestand eines Betrugs gegenüber dem durch die Zueignung des Sparkassenbuchs betroffenen Gläubiger ist also in keinem Fall gegeben: selbst wenn man Täuschungshandlung, Irrtumserregung und Vermögensverfügung sowie die jeweils erforderliche Kausalität zwischen diesen Merkmalen bejaht, scheitert der Tatbestand des § 263 am Fehlen eines Vermögensschadens.

Zur Bestrafung wegen Betrugs **v e r s u c h s** müßte man gelangen, wenn der Täter irrig annimmt, es trete ein Vermögensschaden in der Person des Gläubigers ein. Die Rechtsprechung ist dieser Frage - soweit ersichtlich - noch nicht nachgegangen. Honig weist aber mit Recht darauf hin¹⁾, daß insoweit eine Kontroverse zwischen der Handhabung der arglistigen "Verwertung" eines Sparkassenbuches und einer sonstigen fremden beweglichen Sache bestehe: im letzteren Fall wollte das RG nämlich wegen der Vorstellung des Täters gemäß § 263/43 bestrafen²⁾. Im Gegensatz hierzu meint Lerch³⁾, es sei "strafrechtlich irrelevant", wenn der Täter annehme, er schädige den Eigentümer des Sparbuchs nochmals durch das Abheben des Betrages; der in dem Abheben liegende Betrug sei straflose Nachtat zu der vorangegangenen Unterschlagung. Diese Ausführungen sind jedoch in sich widersprüchlich: ein Betrug ist auch als "straflose Nachtat" nur dann gegeben, wenn der objektive und subjektive Tatbestand des § 263 erfüllt ist. Hierzu gehört aber, daß der Täter annimmt, dem Eigentümer werde ein Schaden entstehen (Vorsatz). Folglich ist seine Vorstellung über den Eintritt eines Schadens strafrechtlich durchaus relevant, selbst wenn man in seinem Verhalten eine "straflose Nachtat" (Betrug) erblickt. Im

1) S. 108

2) RGSt 49 S. 16 ff; vgl. heute das zit. Urt. des OLG Stuttgart in NJW 1962 S. 65 f

3) S. 77

übrigen leiden auch die Ausführungen Lerch's an dem Widerspruch, der sich aus der Behandlung des Problems unter dem Gesichtspunkt der "straflosen Nachtat" ergibt. Lerch geht davon aus, daß durch das Abheben "eine über den bereits durch die Wegnahme entstehenden Schaden hinausgehende Schädigung des Sparerers eintritt"; trotzdem soll der tatbestandsmäßige Betrug "straflose Nachtat" sein. Dabei übersieht Lerch, daß gerade dann die Voraussetzungen der "straflosen Nachtat" nicht gegeben sind, wenn der durch die Nachtat verursachte Schaden über die erste Schädigung hinausgeht. Nimmt der Täter dies irrig an, d. h., glaubt er, durch das Abheben entstehe ein "neuer und anderer" Schaden, dann müßten m. E. auch diejenigen zu einer Bestrafung wegen Betrugsversuchs gelangen, die im Abheben grundsätzlich eine "straflose Nachtat" sehen.

3.) Betrug gegenüber der Sparkasse.

Angesichts der oben aufgezeigten Rechtsprechung des BGH und des OLG Hamm zur Legitimationsfunktion des Sparkassenbuches liegt es nicht fern, das Abheben eines Guthabens mittels eines zugeeigneten Sparkassenbuches unter dem Gesichtspunkt des Betrugs gegenüber der Sparkasse zu prüfen. In den Fällen, in denen die Sparkasse nach dieser Rechtsprechung nicht mit befreiender Wirkung zahlt, ist sie nämlich verpflichtet, nochmals an den wirklichen Gläubiger zu leisten. Durch die Zahlung an den Nichtberechtigten entsteht ihr also ein Schaden. Der Schaden wird durch eine Vermögensverfügung (Auszahlung) verursacht. Die Frage, ob diese Verfügung durch einen auf Täuschung beruhenden Irrtum veranlaßt wurde, enthält die Problematik, die bereits bei der Prüfung eines Betrugs gegenüber dem Gläubiger aufgezeigt wurde. Jedenfalls sind diese Voraussetzungen gegeben, wenn der Täter auf eine entsprechende Frage des Sparkassenbeamten seine Berechtigung ausdrücklich vortäuscht und der Beamte auf Grund dessen die Auszahlung bewirkt^{1) 2)}.

1) Eine Frage der tatsächlichen Fallgestaltung ist es, ob dem Täter die Erfüllung auch des subjektiven Tatbestandes nachgewiesen werden kann; das hat aber nichts damit zu

Dieser Betrug stünde mit der vorangegangenen Unterschlagung im Verhältnis der echten Realkonkurrenz. "Straflose Nachtat" könnte er schon deshalb nicht sein, weil er das Vermögen einer anderen Person schädigt als die Unterschlagung. Es kann aber wiederum von vornherein nicht zur Anwendung der Grundsätze über die "straflose Nachtat" kommen. Denn mit der Unterschlagung steht der Betrug strafrechtlich - abgesehen von der gemeinschaftlichen Täterschaft - in keinerlei Beziehung: daß das unterschlagene Sparkassenbuch Mittel zur Begehung des Betrugs ist, darf hierüber nicht hinwegtäuschen; Tatobjekt des Betrugs ist nicht das Buch, sondern das von der Sparkasse abgeschwindelte Geld. Der Fall liegt ähnlich dem des Verkaufs einer unterschlagenen oder gestohlenen Sache an einen Gutgläubigen. Das hierzu Gesagte gilt entsprechend¹⁾.

IV.) Kommendes Recht.

Die im dritten Teil erarbeiteten Lösungen behalten ihre Gültigkeit auch dann, wenn der Entwurf 1962 als Gesetz das geltende Recht ablösen wird. Zur Begründung kann auf die entsprechenden Ausführungen am Ende des zweiten Teils hingewiesen werden²⁾. Es ist jedoch zu betonen, daß die Subsidiaritätsklausel des § 240 des Entwurfs auch hier von vornherein

tun, ob der Betrug dogmatisch möglich ist.

2) Unabhängig vom Fortbestehen der Leistungspflicht gegenüber dem wirklichen Gläubiger trotz Zahlung an den Nichtberechtigten wäre übrigens dann ein Vermögensschaden bei der Sparkasse zu bejahen, wenn man mit D a h m (DR 1941 S. 1882) bereits im Abschluß eines "zwar nicht wirtschaftlich nachteiligen, aber unwillkommenen Vertrages" einen Vermögensnachteil erblicken würde.

1) vgl. oben unter III 1 und II. unter IV 7 f; Lerch (S. 77) behandelt lediglich den Fall, in dem der Täter irrig annimmt, der Sparkasse erwachse durch Auszahlung an den Nichtberechtigten ein Schaden; er nimmt dann vollendete Unterschlagung in echter Realkonkurrenz mit Betrugsversuch an (siehe Seite 79 letzter Abs., wo auf die entsprechenden Ausführungen über Diebstahl Bezug genommen wird). Dieses Ergebnis stimmt mit dem hier gewonnenen überein.

2) vgl. oben II. Teil unter V.

nicht zum Zuge kommt, weil die Sicherungs- oder Verwertungs-
handlungen mit der Zueignung nicht e i n e T a t bilden,
mit anderen Worten, die Zueignung nicht gerade innerhalb der
Handlung erfolgt, die den Tatbestand eines der aufgezählten
Vermögensdelikte erfüllt, vielmehr diesen vorausgeht. Diese
Feststellung gewinnt Bedeutung für den Fall, in dem das der
Unterschlagung nachfolgende Verhalten den Tatbestand eines
Betrugs (Verwertungs- und Sicherungsbetrugs) oder des Be-
trugsversuchs erfüllt. Trotz der Subsidiaritätsklausel be-
hält hier die Unterschlagung ihre rechtliche Selbständigkeit,
und es ist auch im kommenden Recht wegen Unterschlagung in
echter Realkonkurrenz (§ 68 des Entwurfs) mit Betrug zu be-
strafen.

IV. Zusammenfassung

- 1.) Die Frage der Konkurrenz der Unterschlagung mit Aneignungs- und Vermögensdelikten stellt sich nur in den Fällen, in denen ein Vermögensdelikt die Form einer Zueignung annimmt. Die einfache Unterschlagung (§ 246) ist dann diesen Delikten gegenüber in der Regel subsidiär; Amtsunterschlagung steht mit ihnen in echter Idealkonkurrenz.
 - 2.) Verwertungshandlungen an oder mit vorher in Form eines Aneignungs- oder Vermögensdeliktes zugeeigneten Sachen erfüllen mangels Wiederholbarkeit der Zueignung nicht den Tatbestand der Unterschlagung. Die Frage einer Konkurrenz ("straflose Nachtat") der Unterschlagung mit einem vorangegangenen Aneignungs- oder Vermögensverbrechen entfällt von vornherein.
 - 3.) a.) Aneignungsdelikte in Bezug auf unterschlagene Sachen sind mangels Wiederholbarkeit der Zueignung tatbestandlich ausgeschlossen.
 - b.) Sicherungshandlungen, die in Form der Täuschung oder der Anwendung von Gewalt oder Drohung vorgenommen werden, können den Tatbestand eines Betrugs oder der Erpressung ausnahmsweise erfüllen; "straflose Nachtaten" sind sie dann nicht, weil ein ("weitergehender") Schaden verursacht wird.
 - c.) Verwertungshandlungen können den Tatbestand des § 263 gegenüber Dritten erfüllen, weil die bereits zugeeignete Sache lediglich Mittel zur Begehung und nicht Gegenstand des Betruges ist.
 - d.) Bei der Verwertung eines Sparkassenbuches ist ein Betrug gegenüber dem durch die Zueignung Betroffenen jedenfalls mangels eines ("neuen") Vermögensschadens tatbestandlich ausgeschlossen.
- Als zusammenfassendes Ergebnis der vorliegenden Untersuchung ist herauszustellen, daß die Konkurrenzform der

sog. straflosen Nachtat bei dem Verhältnis der Unterschlagung zu Aneignungs- und Vermögensdelikten nicht vorkommt: entweder ist der Tatbestand der Unterschlagung mangels Zueignung bzw. der Tatbestand des Vermögensdelikts mangels Schadensverursachung nicht erfüllt, dann ist für eine Konkurrenz von vornherein kein Raum; ist aber der Tatbestand eines Vermögensdeliktes durch die "Nachtat" erfüllt, weil ein ("neuer") Schaden verursacht wurde, dann sind die Grenzen der sog. straflosen Nachtat immer überschritten, bzw. ist für die Anwendung dieses Grundsatzes von vornherein kein Raum, weil das Tatobjekt der "Nachtat" nicht identisch ist mit dem Tatobjekt der "Vortat".

- 5.) Das kommende Recht stimmt nur in den Regelfällen mit dem im ersten Teil gewonnenen Ergebnis, daß einfache Unterschlagung mit einem zugleich begangenen Vermögensverbrechen aus Gründen der unechten Idealkonkurrenz ("Gesetzeskonkurrenz") ausscheidet, überein; abweichend vom geltenden Recht kann nach kommendem Recht auch die Zueignung, die zum Bsp. durch die Veräußerung an einen Gutgläubigen erfolgt, nicht gemäß § 240 bestraft werden, wenn die Tat auch einen Betrug darstellt. Daß auch Amtsunterschlagung de lege ferenda gegenüber den übrigen Delikten zurücktritt, stellt bei Zugrundelegung der hier vertretenen Auffassung eine Neuerung dar. Diese ist wegen der Einführung der Amtsuntreue und des Amtsdiebstahls nicht zu beanstanden, soweit ein Beamter sich in Form der Untreue oder des Diebstahls etwas zueignet. Täuscht oder nötigt jedoch der Beamte zum Zwecke der Erlangung einer fremden beweglichen Sache, so befriedigen die im kommenden Recht gegebenen Lösungsmöglichkeiten nicht, da das typische Unrecht, das in dem Verstoß gegen das Vertrauen der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung liegt, nicht entsprechend gesühnt werden kann.

Die im zweiten und dritten Teil gefundenen Ergebnisse behalten dagegen auch dann Gültigkeit, wenn der Entwurf 1962 Gesetz wird.

L e b e n s l a u f

Ich wurde am 4. Oktober 1935 in Bonn geboren. Meine Eltern sind die Eheleute Regierungsamtmann Johann Hölzenbein und Ursula geb. Porten.

Von 1942 bis 1946 besuchte ich die Volksschule in der Eifelgemeinde Brohl (Kreis Cochem), wohin meine Eltern evakuiert worden waren, bis zur mittleren Reife im Jahre 1952 das Realprogymnasium in Cochem, von 1952 bis 1955 das städtische Realgymnasium in Koblenz, an welchem ich 1955 die Reifeprüfung ablegte.

Vom Sommersemester 1955 bis zum Sommersemester 1959 studierte ich Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 1. September 1959, das Assessorexamen am 16. April 1964. Einen Tag später trat ich in den höheren Justizdienst des Landes Rheinland-Pfalz ein. Hier bin ich zur Zeit als Gerichtsassessor tätig.

Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 6. Juni 1966 ab.

